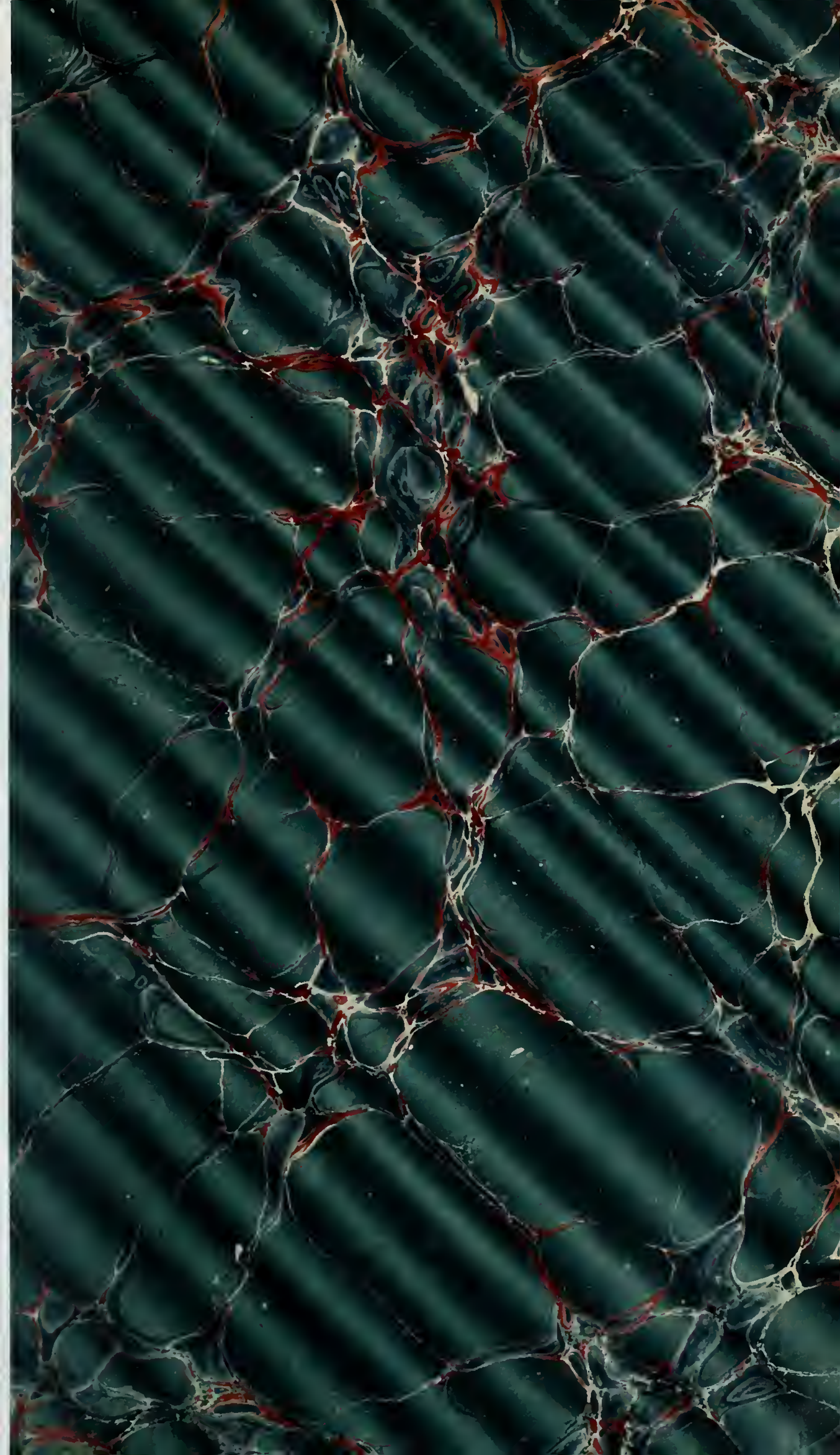



nazie,
orique.





LE DROIT CIVIL

FRANÇAIS.



Imprimerie de la société Typographique Belge
AD. WAHLEN ET COMPAGNIE.

LE DROIT CIVIL

FRANÇAIS,

SUIVANT L'ORDRE DU CODE,

OUVRAGE DANS LEQUEL ON A RÉUNI LA THÉORIE A LA PRATIQUE;

PAR TOULLIER.

NOUVELLE ÉDITION, AUGMENTÉE EN BELGIQUE

1° DE LA CONFÉRENCE DE L'OUVRAGE AVEC LA DOCTRINE DES AUTEURS QUI ONT TRAITÉ LES DIVERSES MATIÈRES DU CODE CIVIL; 2° DE LA LÉGISLATION ET DE LA JURISPRUDENCE DU ROYAUME.

TOME CINQUIÈME.

9 et 10 Edit. fr.

M. E. Taschereau
1855

BRUXELLES.
MELINE, CANS ET COMPAGNIE.

LIVOURNE.	LEIPZIG.
MÊME MAISON.	J. P. MELINE.

1848

LE

DROIT CIVIL

FRANÇAIS,

SUIVANT L'ORDRE DU CODE CIVIL.

SUITE DU LIVRE TROISIÈME.

DES DIFFÉRENTES MANIÈRES DONT ON ACQUIERT LA PROPRIÉTÉ.

TITRE III.

DES CONTRATS ET OBLIGATIONS CONVENTIONNELLES.

SUITE DU CHAPITRE VI.

De la Preuve des Obligations et de celle du Payement.

SECTION II.

De la Preuve testimoniale.

DIVISION DE LA MATIÈRE.

Ce que nous avons à dire sur la preuve testimoniale peut être divisé en deux parties. La première contiendra la nature de cette preuve, son ancienneté, sa nécessité, ses inconvénients et ses abus, les lois faites pour les prévenir, la prohibition de l'admettre en certains cas, enfin les exceptions à cette prohibition.

La seconde contiendra les précautions dictées par la raison, pour se fier au témoignage des hommes, les conditions exigées relativement à la qualité des témoins et à leur nombre, pour que leurs dépositions puissent former une preuve, si les magistrats sont obligés d'y conformer leur jugement.

PREMIÈRE PARTIE.

NOTIONS PRÉLIMINAIRES.

SOMMAIRE.

1. Transition. La preuve littérale a sa source dans la preuve testimoniale.
2. Ancienneté de cette dernière preuve, qui continua d'être en usage après l'invention de l'écriture.
3. Justinien lui donna même la prépondérance sur la preuve littérale, et pourquoi.
4. Elle l'emportait autrefois en France sur la preuve littérale.
5. Les hommes ne peuvent s'en passer.
6. Elle n'est pas un critère infaillible de vérité.
7. Sa nécessité.
8. La raison nous donne les moyens de connaître quand nous pouvons nous y fier.
9. Elle ne forme point une preuve rigoureuse, une démonstration.
10. Elle est fondée sur une double présomption, qui peut produire une certitude morale.
11. Cependant elle trompe souvent. On a cru devoir la défendre en certains cas.

1. Après avoir tracé les règles qui concernent la preuve littérale, le Code passe à la preuve testimoniale, qu'il eût dû placer au premier rang, s'il n'avait considéré que l'ancienneté et l'origine de ces deux genres de preuves. La preuve littérale, en effet, comme nous l'avons ailleurs (1) remarqué, n'est, et ne peut être, en dernière analyse, autre chose qu'une preuve testimoniale. Ce n'est que par le témoignage d'autrui que nous pouvons connaître les faits passés hors de notre présence; mais ce témoignage peut être recueilli de deux manières:

1° Il peut être consigné par écrit au moment même où se passent les faits dont on désire conserver le souvenir : c'est cet écrit, signé par les témoins et revêtu de la signature des parties, qu'on appelle *preuve littérale*.

2° Les faits peuvent demeurer gravés seulement dans la mémoire des personnes qui en ont été témoins, qui les racontent ensuite de vive voix, lorsqu'elles en sont requises, et dont les dépositions, en matière civile, sont ordinairement consignées par écrit au moment même où elles sont faites : c'est ce qu'on appelle *preuve testimoniale*, et quelquefois *preuve vocale* ou *preuve orale*.

La preuve littérale et la preuve testimoniale ne sont donc réellement qu'un seul et même genre de preuve, quoiqu'elles diffèrent par le temps où les témoignages sont reçus, par la manière dont ils le sont, par les personnes des témoins, etc.

Elles ont, l'une et l'autre, le même fondement, cette analogie dont nous avons déjà parlé, et dont nous aurons encore occasion de parler; cette présomption, ou cette certitude morale, que des personnes de probité ne s'accorderont pas pour faire un mensonge au préjudice d'un tiers.

Si l'écrit est signé de la personne à laquelle on l'oppose, et qu'elle reconnaisse sa signature, la preuve qui en résulte se confond alors avec l'aveu de la partie, dont nous parlerons section 4. Mais cet aveu lui-même, qu'est-il autre chose que le témoignage de la partie intéressée (2) ? Il est donc, avec un peu de réflexion, facile de voir que la preuve testimoniale est la source de la preuve littérale (3).

2. Aussi est-elle plus ancienne que cette dernière. L'histoire nous apprend que l'art de peindre la parole, de la rendre durable et permanente, fut plus ou moins longtemps inconnu (4) chez les nations même les plus anciennes. Dans notre Europe, les peuples d'origine germanique ne connurent et ne pratiquèrent que fort tard l'usage de l'écriture (5).

Cependant, avant comme depuis l'invention et l'usage de l'écriture, les hommes avaient entre eux des relations d'affaires, et passaient des contrats. Ces contrats ne pouvaient se faire que verbalement; et, pour les constater, la forme usitée était de les passer en public, et en présence de témoins (6). La preuve testimoniale était donc alors la seule manière de prouver les conventions et les contrats.

Depuis l'invention et l'usage de l'écriture, on continua d'admettre la preuve testimoniale, tant des faits que des conventions ou des contrats : elle était reçue chez les Juifs, chez les Grecs, chez les Romains; ces derniers lui accordaient la même force qu'aux actes écrits. *In exercendis litibus eamdem vim obtinent tam fides instrumentorum, quam depositiones testium.* L. 15, Cod. *de fide instrum.*, 4, 21.

3. Bien plus, Justinien donne la prépondérance à la preuve testimoniale, quand il s'agit de savoir laquelle des deux doit l'emporter. *Si vero tale aliquid contigerit, quale in Armenia factum est, ut aliud quidem faciat collatio litterarum, aliud vero testimonia; tunc nos quidem existimavimus ea quæ dicuntur viva voce, et cum jurejurando, hæc digniora fide, quam scripturam ipsam secundum se subsistere.* Nov. 73, cap. 3.

La raison qu'en donnent les interprètes est que le témoignage des actes par écrit est un témoignage muet; ils ne peuvent répondre (7), au lieu que le témoin parle, raisonne et répond, quand on l'interroge, à toutes les questions qu'on lui fait.

Aussi, à Rome, c'était de la preuve testimoniale que tiraient toute leur force les actes écrits, reçus par un tabellion; ils ne faisaient

(1) T. 4 (VIII, éd. fr.), n° 44. « Les actes publics doivent être aussi rangés dans la classe des témoignages, » dit S'Gravesande, *Introduction à la philosophie*, n° 585.

(2) Aussi cet aveu est mis, par le Code, au rang des présomptions légales. (*Voy.* art. 1350, n° 4.)

(3) Solon, *des Preuves*, n° 138, 139, 140; Rolland, v° *Preuve*, n° 38.

(4) *Voy.* Goguet, *de l'Origine des lois, des arts et des sciences*, liv. 2, chap. 6, qui traite de l'origine de l'écriture, etc., t. 1er, p. 161 et suiv., édition de 1759, 6 vol. in-12.

(5) *Vid.* Heineccius, *Historia juris germanici*, lib. 2, § 1, avec la note de Silberad et les auteurs qu'ils citent.

(6) Goguet, *ubi supra*, p. 55 et 56; Danty, *Addition à la préface de Boiceau*, n° 3 et suiv.; Denis d'Halicarnasse, *Antiquit. roman.*, lib. 2, p. 134, édit. de Wechel. Francofurti, 1586, in-fol.

(7) « Hac potissimum ratione ducti, quod instrumentorum testatio sit muta, et quæ interrogata, non respondeat : testium vero probatio semper loquatur, ratiocinetur, et sæpius interrogata respondeat, inquit Cynus. Hinc antiquum de instrumentis adagium ab Erasmo relatum, surda testimonia. » Boiceau, préface de son Commentaire sur l'art. 54 de l'ordonnance de Moulins.

Bouteiller, *Somme rurale*, titre 106, dit aussi : « S'il » avient que, en jugement, une partie se veuille aider » de lettres en preuve, et l'autre partie se veuille aider » de tesmoings singuliers, sachez que la vive voix passe » vigueur de lettres, si les tesmoings sont contraires aux » lettres. Et se doit le juge plus arrester à la déposition » des tesmoings qui de saine mémoire déposent et *rendent* » *sentence de leur déposition*, que à la teneur des lettres » qui ne *rendent cause.* »

pas foi par eux-mêmes : la signature du tabellion ne suffisait pas pour leur conférer l'authenticité. Si l'écriture, si les signatures n'étaient pas reconnues, on appelait le tabellion en témoignage. Il comparaissait en personne, après avoir prêté serment pour attester la vérité des faits et reconnaître son écriture : s'il était mort, il fallait appeler les autres témoins (1).

Quant aux actes faits sans le concours du tabellion, il fallait y appeler au moins trois témoins, qui pussent, en cas de dénégation de l'écriture et de la signature, attester la vérité de l'acte fait et souscrit en leur présence.

Enfin, quant aux actes faits sous la seule signature des parties contractantes, hors la présence des témoins, leur force dépendait uniquement de l'aveu et de la bonne foi de celui qui les avait souscrits; l'autre partie n'avait que la ressource du serment, sans que la vérification de l'écriture et des signatures pût suffire et y suppléer. Cependant, toutes les conventions verbales pouvaient être prouvées par la déposition de trois témoins.

C'était donc réellement de la preuve testimoniale que la preuve littérale tirait toute sa force à Rome.

4. On suivit longtemps en France les maximes du droit romain : la preuve testimoniale y était le moyen le plus usité, et presque le seul, de prouver les conventions et les contrats. Elle l'emportait aussi sur la preuve littérale, suivant l'ancienne maxime : *Témoins passent lettres*, comme nous l'avons remarqué, tome 4 (VIII, éd. fr.), n° 63.

5. Les témoins étaient-ils donc autrefois moins corruptibles et moins corrompus qu'aujourd'hui? Non, sans doute; mais on regardait la preuve testimoniale comme nécessaire. Elle l'est en effet; et telle est la nature de l'homme que, sans la foi qu'il est forcé d'ajouter au témoignage d'autrui, son existence sur la terre serait infiniment malheureuse.

6. Ce n'est pas que le témoignage des hommes soit par lui-même la marque infaillible et caractéristique de la vérité. Il n'y a pas de liaison nécessaire entre la vérité des faits attestés par un témoin, et le témoignage qu'il rend : car, qui peut affirmer qu'une chose soit nécessairement vraie par cela même qu'elle est attestée par un homme? Le témoignage des hommes peut donc tromper, et trompe en effet fort souvent.

7. Mais nous ne pouvons connaître les choses qui se passent, ou qui sont hors de nous, que par les sens, par le témoignage des hommes, ou par l'analogie, c'est-à-dire par l'induction que nous tirons d'un fait déjà connu. Or les sens ne suffisent pas à l'homme. Aucun homme ne peut examiner et connaître par lui-même toutes les choses nécessaires à la vie, tous les faits qui l'intéressent. Dans un nombre infini d'occasions, il ne peut être instruit que par d'autres hommes, et s'il n'ajoute pas foi à leur témoignage, il ne pourra tirer aucun avantage de ses facultés, aucune utilité de la plupart des choses que la Providence a mises à sa disposition; il se trouvera réduit à traîner une vie misérable, dans l'ignorance des faits qui intéressent le plus ses biens, sa famille, son existence, son honneur.

D'où les philosophes (2) concluent, avec raison, que l'Auteur de la nature a voulu que le témoignage des hommes fût une des marques de la vérité.

8. Vainement opposerait-on que ce témoignage peut nous tromper, et qu'il nous trompe souvent; la raison nous donne les moyens de connaître les qualités que doivent avoir les témoins pour mériter notre confiance, les choses sur lesquelles on peut ajouter foi à leur témoignage, et les précautions qu'il faut prendre pour que nous puissions nous y fier entièrement. En y réfléchissant mûrement et avec impartialité, nous trouverons que, si le témoignage des hommes induit quelquefois en erreur, nous ne devons nous en prendre qu'à la faute d'avoir négligé ces précautions, à notre paresse, à la malheureuse précipitation de nos jugements, et à notre excessive crédulité.

9. Il faut toujours nous souvenir que les vérités de fait, que l'on découvre par le moyen des preuves en jurisprudence, sont différentes de celles qu'on enseigne dans les sciences exactes. Ces dernières vérités sont de leur nature fixes et immuables, toujours les mêmes, indépendamment du fait des hommes et de tout changement. La preuve de ces vérités se tire de leur nature même, ou, si elles dépendent d'autres vérités, de l'enchaînement qui les lie et qui les fait connaître les unes par les autres, selon qu'elles sont les suites nécessaires les unes des autres.

Mais à l'égard des faits, qui pouvaient arriver ou n'arriver point, comme dépendances de causes dont les effets sont incertains, ce n'est point par des principes sûrs et immuables, d'où dépendait ce qui est arrivé, qu'on peut le connaître. Si, par exemple, un homme a été tué, la vérité de la cause de cet homicide et la question

---

(1) *Voy.* ce que nous avons dit tome 4 (VIII, éd. fr.), n°s 204 et suiv., avec les autorités citées en note.

Danty sur Boiceau, *Addition à la préface*, n° 13, dit aussi : « A Rome, les contrats ne faisaient pas pleine foi, » comme parmi nous; il fallait auparavant qu'ils fussent » vérifiés par témoins c'est-à-dire que les témoins dont » les noms y étaient inscrits eussent été entendus devant » le juge sur la vérité des faits, etc. »

Il est donc évident que les actes écrits, c'est-à-dire la preuve littérale ne tirait sa force que de la preuve testimoniale. Les actes insinués en présence du juge ou du gardien des archives et des parties contractantes étaient les seuls, à Rome, qui fissent foi en justice comme nos actes authentiques.

(2) S'Gravesande, *Introduction à la philosophie*, n° 491.

de savoir qui l'a commis ne dépendent point de principes sûrs, dont l'évidence fasse connaître l'auteur du crime, avec une certitude de la nature de celle que produisent les démonstrations dans les sciences exactes. Si on le découvre, ce ne sera que par des preuves tirées des circonstances qui se trouveront liées au crime, et qui dépendent d'événements arrivés par hasard, comme la rencontre de quelques témoins, ce qu'il pourra y avoir d'indices, de présomptions, de conjectures. Et, quand il se trouverait deux témoins, en apparence irréprochables, qui attesteraient qu'ils ont vu le meurtrier poignarder cet homme, la certitude d'une telle preuve est d'un autre genre que celle de la vérité d'une proposition démontrée dans une science exacte. Elle n'a pas le caractère d'une démonstration, parce qu'il n'est pas impossible que deux témoins se trompent, ou qu'ils veuillent tromper.

10. Cette preuve ne tire sa force que d'une double présomption : on présume de leur bon sens que les témoins ne se sont pas trompés; on présume de leur probité qu'ils ne trompent point. Cette preuve n'est donc, en effet, fondée que sur des présomptions, ou sur l'analogie.

Cependant, cette présomption de vérité, qui naît du témoignage des hommes, est si forte, que les lois divines et humaines, celles de tous les peuples, ont voulu qu'elle tînt lieu d'une preuve; et quoiqu'il soit vrai que cette preuve n'a pas la force d'une démonstration, elle ne laisse pas de produire une certitude qui persuade parfaitement lorsque la fidélité des témoins est bien reconnue, parce que cette preuve est fondée sur un principe que l'on regarde comme une vérité, et qui est tiré de la nature de l'homme, des causes qui le font agir. Ce principe est que des personnes de probité, dont la raison n'est point altérée par quelque passion, ne sauraient s'accorder pour porter en justice un faux témoignage au préjudice d'un tiers.

On peut donc conclure sûrement du principe naturel de nos actions, que des témoins, qui promettent de ne dire que la vérité, la disent en effet, si rien ne change en eux l'ordre naturel; et quoiqu'il soit vrai qu'on ne puisse pas toujours s'assurer que les témoins soient sincères, et que souvent même il y ait de faux témoins, il serait injuste et même absurde de n'en croire aucun, parce qu'on ne peut s'assurer que tous ne mentent point.

11. Mais quoique la preuve testimoniale soit d'une nécessité tellement absolue qu'on ne puisse s'en passer; quoique l'Auteur de la nature ait voulu qu'elle fût, sinon un critère infaillible de vérité, du moins un des moyens les plus ordinaires d'y arriver ou d'y conduire, il n'en est pas moins vrai que le témoignage des hommes est toujours trompeur, et qu'il trompe souvent. Le sage dit : *Tout homme est menteur;* c'est une vérité démontrée par une expérience de tous les temps. Les diverses passions dont il est agité, la crainte, l'espérance, l'intérêt, une foule de séductions plus douces, dont il est entouré et qui agissent sur lui presque à son insu, lui font fréquemment déguiser la vérité, la dissimuler, s'en écarter plus ou moins, s'avilir même jusqu'au mensonge. Quelle habileté, quelle profonde connaissance du cœur humain, quelle habitude des affaires, quelle attention ne faut-il pas pour juger avec certitude quand un témoin est sincère, ou quand il trahit la vérité? On n'a pas moins à redouter, en cette matière, le défaut de sagacité ou l'inexpérience des juges, que la fragilité ou la mauvaise foi des témoins. Le législateur n'a donc point voulu abandonner les juges entièrement à eux-mêmes, et, ne pouvant supprimer la preuve testimoniale sans causer des maux mille fois pires que ses abus, il a voulu du moins rendre ces abus moins fréquents, en défendant de l'admettre en certains cas.

ARTICLE PREMIER.

Lois qui ont restreint et défendu en certains cas la preuve testimoniale.

Règle générale qu'elles ont établie relativement à ces cas.

Nature de sa prohibition.

SOMMAIRE.

12. Justinien sentit le premier la nécessité de défendre d'admettre en certains cas la preuve testimoniale.
13. Ces cas furent étendus, dans le xvᵉ siècle, par les statuts des villes de Bologne et de Milan.
14. En 1566, l'ordonnance de Moulins restreignit, en France, l'usage jusqu'alors illimité de la preuve testimoniale. Comment et pourquoi.
15. Critiques qu'éprouva cette loi lorsqu'elle parut; reconnues mal fondées.
16. Ses dispositions adoptées et développées par l'édit perpétuel des archiducs de Flandre; texte de cet édit.
17. L'ordonnance de 1667 adopta l'ordonnance de Moulins.
18. Elle l'a été de nouveau par le Code civil des Français.
19. La disposition de ces lois sur la prohibition de la preuve testimoniale en certains cas est une exception.
20. Quelles sont les choses dont la preuve testimoniale est défendue par l'ordonnance de Moulins.
21. Innovation que produisit cette loi.
22. Texte de l'ordonnaance de 1667.
23. Esprit, marche et explication de ce texte. Différence de l'*acte* et du contrat. Addition faite à l'ordonnance de Moulins.
24. Texte de l'article 1341 du Code civil. Il défend la preuve au-dessus de 150 francs.

25. Même lorsque les intérêts réunis au capital excèdent cette somme. (Art. 1342.)
26. La preuve testimoniale n'est défendue que dans les cas où l'on n'a pas pu s'en procurer une littérale.
27. Aucune loi ne l'a défendue en général.
28. Est-elle admissible lorsqu'il y a incertitude si la loi la défend ou la permet?
29. Elle n'est pas admissible à l'égard des dépôts volontaires.
30. Ni à l'égard des commodats faits de confiance.
31. Elle est permise dans toutes les conventions de 150 fr. et au-dessous.
32. Exception dans le cas du bail verbal. Ressources qui restent au locateur quand la jouissance a commencé, quand elle a cessé et quand elle est finie.
33. L'art. 1715 ne permet point la preuve testimoniale du bail verbal, lorsque l'exécution n'a pas commencé. Discussion d'un arrêt de la cour de Nîmes. Vices de l'argument *a contrario sensu*.
34. On ne peut prouver par témoins le congé que le locateur et le locataire sont obligés de se donner. Cas où il faut en donner un.
35. Si celui qui a reçu le congé en retarde l'exécution par de mauvaises contestations, les juges peuvent prolonger le délai.
36. Les juges doivent rejeter d'office la preuve testimoniale, dans les cas où elle est défendue ; c'est à eux que la loi adresse la défense de la recevoir.
37. Le consentement exprès des deux parties ne peut autoriser à la recevoir.
38. L'une des parties pourrait rétracter son consentement pour se rendre appelante du jugement.
39. L'arrêt rendu sur une enquête ordonnée contre la prohibition de la loi, du consentement des parties, pourrait être cassé.
40. Opinion de Duparc-Poullain, contraire à ces principes, examinée et rejetée.
41. La prohibition de recevoir la preuve, dans les cas indiqués par la loi, est de droit public.
42. Celui qui a formé une demande excédant 150 francs ne peut la réduire pour être admis à la preuve. (Art. 1343.) Rigueur de cette disposition.
43. Comment on cherchait à l'éluder en distinguant entre la réduction antérieure ou postérieure à la contestation en cause.
44. Si le créancier déclare, en formant la réduction, que sa demande est le restant d'une somme plus forte, la preuve est rejetée, parce que c'est au moment où l'obligation a été formée qu'il faut se reporter pour savoir si la preuve est admissible, et si le créancier a désobéi à la loi.
45. *Quid* si le créancier dissimule que sa demande faisait partie d'une somme plus considérable?
46. On peut prouver par témoins que le débiteur s'est obligé de payer le restant de l'ancienne obligation.
47. Comment entendre la disposition finale de l'article 1344, qui permet de prouver par témoins le restant d'une obligation par écrit?
48. On ne peut prouver par témoins une demande excédant 150 francs, composée de deux créances moindres, formées en différents temps et pour causes différentes. (Art. 1345.) Injustice de cette disposition.
49. Et si toutes les créances ne sont pas formées par le même exploit, les autres demandes ne sont plus reçues.
50. *Secus* si toutes n'étaient pas échues lors du premier exploit, ou si elles provenaient de différentes personnes.
51. Une créance de 150 francs, moitié d'une de 300 francs divisée entre les deux héritiers du créancier, ne peut être prouvée par témoins.
52. *Secus* si, les créances provenant de causes différentes, chacun en recueille une.

12. Justinien (1) fut le premier législateur qui, vivement frappé de ces abus, sentit la nécessité de mettre des bornes à l'admission indéfinie de la preuve testimoniale; il défendit de prouver par témoins le payement de toute dette fondée sur un titre. Il ne crut pas possible d'aller plus loin. *Prout possibile est.* Encore, dans ce cas-là même, il permit la preuve par cinq témoins dignes de foi.

Du reste, il exceptait le cas où la preuve écrite d'un payement de cette espèce avait péri par force majeure.

13. Ce ne fut que bien des siècles après lui qu'on songea à étendre les entraves qu'il avait mises à l'admission indéfinie de la preuve testimoniale. Le statut de la ville de Bologne, approuvé en 1454, par le souverain pontife Nicolas V, ou plutôt par son légat le cardinal Bessarion, défendit d'admettre la preuve testimoniale en certains cas qui s'y trouvent énumérés, *infra scriptis casibus* (2); par exemple, lorsqu'il s'agissait d'une obligation excédant 50 livres, monnaie de Bologne.

---

(1) L. 18, Cod. *de testibus*, 4, 20. Il est bon d'en mettre le texte sous les yeux du lecteur. « Testium facilitatem, per quos multa veritati contraria perpetrantur, prout possibile est, resecantes : omnibus prælicimus, ut qui in scriptis a se debita retulerint, non facile audiantur, si dicant, *omnis debiti vel partis solutionem sine scriptis se fecisse*, velintque viles et forsitan redemptos testes super hujusmodi solutione producere : nisi quinque testes idonei, summæ atque integræ opinionis præsto fuerint solutioni celebratæ, hique cum sacramenti religione deposuerint sub præsentia sua debitum esse solutum : ut scientes omnes ita ea statuta esse, non aliter debitum, vel partem ejus persolvant, nisi vel securitatem in scriptis capiant, vel observaverint præfatam testium probationem : his scilicet qui jam sine scriptis debitum vel partem ejus solverint, a præsenti sanctione merito excipiendis. Sin vero facta quidem per scripturam securitas sit fortuito autem casu vel incendii, vel naufragii, vel alterius infortunii perempta, tunc liceat his qui hoc perpessi sunt, causam peremptionis probantibus, etiam debiti solutionem per testem probare, damnumque ex amissione instrumenti effugere. »

(2) Ce statut est imprimé à la tête du *Traité de la Preuve testimoniale*, par Boiceau et Danty : « Ad obviandum ne *infra scriptis casibus* falsi testes producantur in quibus facile produci consueverunt, statuimus, etc. »

Les statuts du duché de Milan, réformés d'abord le 20 octobre 1498, réformés de nouveau le 25 avril 1552, par notre bon Louis XII, roi de France et duc de Milan, défendirent aussi la preuve testimoniale en certains cas, mais moins nombreux que dans le statut de Bologne.

14. Enfin, en 1566, l'ordonnance de Moulins, due à la sagesse du chancelier de l'Hospital, restreignit en France l'usage, jusqu'alors illimité, de la preuve testimoniale, moins encore pour diminuer le nombre des faux témoignages que « pour obvier à la multiplication des faits » que l'on a vu ci-devant être mis en avant en » jugement, sujets à preuve de témoins et re- » proche d'iceux, dont aviennent plusieurs in- » convénients et involutions de procès. »

Mais ce sage législateur sentit qu'il était impossible de défendre la preuve testimoniale, sans mettre en sa place une preuve moins suspecte. L'art. 54 ordonna donc, par une première disposition, « que dorénavant, de toutes choses » excédant la somme ou valeur de cent livres, » pour une fois payées, seront passés *contrats* » par-devant notaires et témoins, par lesquels » contrats seulement sera faite et reçue toute » preuve desdites matières. »

Et par une seconde disposition il défendit de recevoir en ce cas la preuve testimoniale : « *sans* » *recevoir aucune preuve par témoins,* outre le » contenu audit *contrat,* ni sur ce qui seroit » allégué avoir été dit ou convenu avant icelui, » lors et depuis. »

Et par une troisième disposition il ajouta : « En quoi n'entendons exclure les conventions » particulières et autres qui seroient faites par » parties sous leurs seings, sceaux et écritures » privées. »

15. Boiceau, jurisconsulte contemporain, qui a fait un commentaire très-estimé sur cet article de l'ordonnance de Moulins, nous apprend que lorsqu'elle parut on la trouva dure, odieuse et contraire au droit civil :

Dure, en ce qu'elle semblait rejeter les marchés qui se font entre les personnes du peuple, à moins qu'ils ne soient passés par écrit; en sorte qu'elle oblige ceux qui ont des conventions à faire, et qui ne savent pas écrire, de mener, pour ainsi dire, partout un notaire avec eux ;

Odieuse, en ce qu'elle restreint les preuves que, suivant les législateurs, il faut étendre pour découvrir la vérité; odieuse encore, en ce qu'elle défend aux hommes de se fier les uns aux autres, comme s'il n'y avait plus de bonne foi parmi eux.

Mais on reconnut bientôt le peu de fondement des objections faites d'abord contre la disposition de l'ordonnance de Moulins, qui défend d'admettre la preuve testimoniale en certains cas spécifiés. Ce même Boiceau nous apprend que, dans ce siècle, si fertile en grands jurisconsultes, aucune loi ne fut mieux reçue que celle-ci : *Nulla toto hoc sæculo constitutio aut lex regia sanctior ac probatior visa fuit.*

16. Dans le siècle suivant, le 12 juillet 1611, les archiducs de Flandre adoptèrent et développèrent la disposition de l'ordonnance de Moulins, dans l'art. 19 de l'*édit perpétuel* (1), dont il est bon de connaître le texte, qui peut servir à développer et à éclairer celui de l'ordonnance : « Comme plusieurs procès se meu- » vent entre nos sujets, à cause de la *multi-* » *plication des faits* qu'on pose être venus » ès conventions et contrats, en vertu desquels » on agit comme si plus y avoit été dit et » *pourparlé* que ne contiennent les instru- » ments sur ces faits, soit sous leur signature, » ou par-devant notaires et témoins; comme de » même on fait des dispositions testamentaires, » contrats de mariage, *et toutes espèces de con-* » *ventions* ou *dispositions,* causant une grande » incertitude et parfois diversité, voire contra- » riété de preuves et involutions de procès, au » très-grand intérêt des parties; nous, pour » obvier à ce, avons ordonné et ordonnons que » *toutes choses, dont nos sujets voudront traiter* » *ou disposer* (2), excédant la valeur de trois » cents livres artois une fois, soit par ordon- » nances de dernière volonté, donations, contrats » de mariage, venditions ou autres contrats quel- » conques, fust de chose réelle ou pécuniaire, de » la valeur que dessus, ils aient à le faire par » *écrit,* soit sous leurs signatures ou par-devant

(1) « Pendant le peu de repos que la trêve (signée à Anvers, le 9 avril 1609, entre les Pays-Bas autrichiens et les Provinces-Unies) donna (à Albert et Isabelle-Clara-Eugenia), les archiducs s'appliquèrent à rétablir l'ordre public dérangé par une guerre civile de quarante années, à remettre en vigueur les belles lois de Charles-Quint, et à y ajouter de nouvelles dispositions pour fixer invariablement différents points capitaux de la jurisprudence des Pays-Bas. Ils rassemblèrent ces objets dans l'édit perpétuel, daté de Mariemont, le 12 juillet 1611, qui fut un code pour les Pays-Bas. » (Neny, *Mémoires hist. et polit. des Pays-Bas autrichiens*, introduction, chap. 1, art. 14.)

L'édit perpétuel de 1611 a été savamment commenté par Anselmo, *Ad edictum perpetuum*, 1 vol. in-folio. Anvers, 1701, 3e édition.

(2) Cette incise est remarquable. Elle peut servir à déterminer le sens des termes un peu trop vagues de l'ordonnance de Moulins, qui se bornait à dire sèchement : *De toutes choses excédant la valeur de 100 livres seront passés contrats.*

Cette phrase laisse quelque chose à désirer. On demande naturellement de quelles choses ?

L'édit perpétuel répond, en les déterminant : *Ce sont toutes les choses dont nos sujets voudront traiter et disposer.*

L'esprit, satisfait par cette détermination, voit clairement par là que la prohibition de la preuve testimoniale ne s'applique qu'aux conventions de toute espèce, aux contrats et dispositions quelconques.

» notaires et témoins, ou autres personnes pu- » bliques, qui en dépêcheront les instruments » en forme, lesquels seuls serviront de toute » preuve ès dites matières, *sans que les juges* » *pourront recevoir* aucune preuve par témoins, » outre le contenu d'iceux. »

17. Dans le même siècle, l'ordonnance de 1667, rédigée et discutée par les magistats les plus éclairés du siècle de Louis XIV, adopta la disposition de l'ordonnance de Moulins, avec quelques légers changements dans la rédaction, quelques additions et développements dont nous rendrons bientôt compte.

18. Enfin, la sagesse de l'ordonnance de Moulins a reçu un nouvel hommage dans le XIXe siècle. Sa disposition a été adoptée de nouveau, et insérée dans l'art. 1341 du Code civil, rédigé dans le même esprit, et à peu près dans les mêmes termes dont s'est servie l'ordonnance de 1667.

Voilà donc, pendant trois siècles consécutifs, trois lois rendues en France pour restreindre l'admission de la preuve testimoniale, toutes les trois par les mêmes motifs, rédigées à peu près de la même manière. Tâchons d'en pénétrer le sens et d'en saisir le véritable esprit : c'est le moyen de ne pas nous égarer dans le labyrinthe des questions que leur rédaction fait naître, même encore aujourd'hui, après plusieurs siècles d'interprétation et d'expérience, tant il est difficile de bien rédiger une loi, et surtout une loi d'exception.

19. Car il faut remarquer que la prohibition d'admettre la preuve testimoniale au-dessus de cent livres, suivant les ordonnances de Moulins et de 1667, et au-dessus de cent cinquante francs, suivant le Code, n'est qu'une exception à la règle générale, suivant laquelle cette preuve est admise dans tous les cas non exceptés par la loi. C'est ce qu'a fort bien observé, à l'égard de l'ordonnance de Moulins, le savant Boiceau, dans son Commentaire sur l'art. 54 de cette loi. Après avoir exposé dans sa préface les raisons et les motifs de la loi, il ajoute : « Telles sont les raisons qui ont engagé le prince à défendre la preuve testimoniale dans *certains cas* spécifiés par la loi, *quæ principem eo adduxerunt, ut abrogare testium probationes certis casibus hac lege expressis cogeretur* (1). »

20. Pour se convaincre que la prohibition de l'ordonnance de Moulins n'est qu'une exception à la règle générale, il suffit de peser les expressions de cette loi et de suivre la marche de sa disposition : « De toutes *choses* excédant la » somme ou valeur de cent livres, seront passés » *contrats*, par lesquels *contrats* seulement sera » faite et reçue toute preuve desdites matières, » sans recevoir aucune preuve par témoins. »

Remarquons, en passant, que le mot *contrats* est pris ici dans le sens du mot *actes* ou écrits pour servir de preuve. Les choses dont la preuve par témoins est défendue sont donc toutes celles qui font ou qui peuvent faire la matière des contrats ou des traités, lorsque leur valeur excède cent livres; toutes les choses, comme dit fort bien l'édit perpétuel, *dont nos sujets veulent traiter*. Ce sont donc les conventions et les traités, dont la preuve par témoins est défendue, lorsque les choses qui en sont l'objet ou la matière, quelles qu'elles soient, mobilières ou immobilières, corporelles ou incorporelles, *toutes choses, en un mot*, excèdent la valeur de cent livres. Et pourquoi cette prohibition? Parce que les parties ont *pu* et *dû* se procurer une preuve écrite; l'ordonnance commence par le leur commander expressément. Suivons sa marche.

Elle ne dit point, par forme de disposition générale, qu'il ne sera reçu aucune preuve par témoins de toutes choses excédant la valeur de cent livres : c'eût été proscrire la preuve testimoniale dans tous les cas où une demande, quel qu'en fût le fondement, excéderait la valeur de cent livres. Ce n'est pas ce que voulait, ce n'est pas ce que devait faire le législateur : il voulait seulement défendre la preuve testimoniale des conventions dont l'objet ou la matière excède cent livres, parce qu'il est facile aux parties de se procurer une preuve écrite de ces conventions.

Aussi, remarquez qu'il commence par le leur ordonner. « De toutes choses excédant la valeur » de cent livres seront passés *contrats*, etc., » c'est-à-dire, des actes écrits. Telle est la première disposition de la loi.

Par la seconde, elle avertit les parties qu'il ne sera point reçu d'autres preuves que la preuve écrite dans les contrats ou actes, par lesquels contrats *seulement* sera faite et reçue toute preuve « ès dites matières, » c'est-à-dire, des choses qui font la matière des contrats.

Enfin, par une troisième disposition, la loi défend d'en recevoir la preuve testimoniale, *sans recevoir aucune preuve par témoins*. Remarquez que la défense s'adresse aux juges, comme nous le dirons dans la suite; car ce sont les juges qui reçoivent la preuve que les parties offrent ou proposent de faire (2).

21. Cette disposition de l'ordonnance de Moulins introduisit deux innovations remarquables. D'abord, elle défend de prouver par témoins les conventions dont l'objet excède cent livres, tandis qu'auparavant cette preuve était reçue indéfiniment, quelle que fût la valeur de l'objet du contrat.

Secondement, cette défense fait clairement entendre que la preuve écrite est, aux yeux de la loi, préférable à la preuve testimoniale; tan-

---

(1) Voy. *infra*, nº 133, et Duranton, t. 7 (XIII, éd. fr.), nº 344; Dalloz, vº *Preuve testimoniale*, nº 151.

(2) *Voy.* Rolland, vº *Preuve*, nº 45; Dalloz, vº *Preuve testimoniale*, nº 55.

dis qu'auparavant on tenait pour maxime, en France, que la preuve par témoins l'emportait sur la preuve écrite. Bouteiller (1) donne pour règle de droit, dans sa *Somme rurale*, tit. 106, que *témoins par vive voix détruisent lettres*.

Mais depuis Bouteiller, qui écrivait en 1400, jusqu'à l'ordonnance de Moulins, qui parut en 1566, les lumières avaient fait des progrès immenses. L'art de l'écriture, si rare dans les temps plus reculés, était devenu commun; l'institution si nécessaire du notariat commençait à devenir plus régulière. Ce siècle était celui de l'érudition, celui où florissaient les plus grands jurisconsultes que la France, que l'Europe peut-être ait produits. Il ne faut donc pas s'étonner que le chancelier de l'Hospital, homme supérieur à son siècle, ait fait ordonner de rédiger les contrats par écrit, et défendre de les prouver par témoins.

L'ordonnance de Moulins défendit encore de recevoir aucune preuve par témoins, outre le contenu aux contrats, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit ou convenu « avant icelui, lors ou depuis », c'est-à-dire sur les clauses ou pactes accessoires aux contrats.

Ainsi, la règle générale, qui met la preuve testimoniale au nombre des preuves reçues en justice, loin d'être abrogée, fut seulement restreinte dans les deux cas spécifiés par la loi :

1° Dans le cas des contrats de toute espèce, passés sur quelque chose que ce soit, dont la valeur excède cent livres, *de quacumque re centum libras excedente;*

2° Dans le cas des clauses ou pactes accessoires à ces contrats, sur ce qui est allégué avoir été *dit ou convenu* avant, lors ou depuis.

Dans ces deux cas, l'ordonnance de Moulins défend la preuve testimoniale, et ne reçoit que la preuve par écrit (2) parce que les parties ont dû et pu se la procurer. Passons à l'ordonnance de 1667.

22. Cette ordonnance porte, tit. 20, art. 2 : « Seront passés *actes* devant notaire, ou sous » signature privée, de toutes choses excédant la » somme ou valeur de cent livres, même pour » dépôts volontaires, et ne sera reçue aucune » preuve par témoins *contre* et outre le contenu » aux *actes*, ni sur ce qui seroit allégué avoir été » dit avant, lors ou depuis les *actes, encore qu'il* » *s'agist d'une somme ou valeur moindre de cent* » *livres;*

» Sans toutefois rien innover pour ce regard, » en ce qui s'observe en la justice des juges et » consuls des marchands. »

23. Il est évident que cette loi est rendue dans le même esprit que l'ordonnance de Moulins; elle suit la même marche, et la rédaction en est aussi, à peu près, la même, à quelques additions près, dont nous aurons l'occasion de parler en expliquant le texte du Code.

Du reste, comme l'ordonnance de Moulins, avant de défendre la preuve testimoniale des conventions et des contrats, elle commence par ordonner de les constater par des actes écrits : « Seront passés actes devant notaires, etc. » Seulement, au mot *contrats*, employé par l'ordonnance de Moulins, elle substitue le mot *actes*, dont le sens est un peu différent.

L'*acte* est ici l'écrit où est contenu ce qui s'est passé entre les parties, *id quod actum est* (3), le contenant pour le contenu.

Le mot *contrat* signifie proprement la convention consignée dans l'acte. On l'emploie aussi par métonymie, pour l'écrit dans lequel le *contrat* est consigné. C'est dans ce sens que l'ordonnance de Moulins emploie le mot *contrat*, quand elle ordonne de passer des contrats de toutes choses excédant cent livres.

Le mot *acte* est donc plus général que celui de *contrat;* car il y a des actes qui ne contiennent point de contrat, quoiqu'ils contiennent ce qui s'est passé entre deux personnes; par exemple, les résolutions conventionnelles des contrats, que nos anciennes ordonnances et coutumes appelaient énergiquement des *distrats* (4), la remise volontaire d'une dette, les quittances, etc. Les écrits qui les contiennent ne sauraient être appelés des *contrats*, mais bien des *actes;* et quoiqu'il ne fût pas dans l'esprit de l'ordonnance de Moulins de permettre la preuve par témoins des *distrats* et des payements au-dessus de cent livres, il est certain que le sens littéral du mot *contrat* ne paraissait pas s'y opposer. L'ordon-

---

(1) Il composa sa *Somme rurale* en l'an 1400. *Voyez* Taisand, *Vies des jurisconsultes*.

(2) Boiceau, dans sa préface, après y avoir exposé les motifs de l'ordonnance, dit : « Quæ principem eo adduxerunt ut abrogare testium probationes certis casibus hac lege expressis cogeretur. »

Ces cas sont au nombre de deux, dit-il, cap. 1, n° 1 : « Unum est ut de re quacumque centum libras excedente, non nisi in scriptis contrahatur.

» Alterum ut nihil præter, vel ultra, vel contra contractum allegari possit, nec testibus probari, tanquam plus dictum, quam scriptum, ut olim dicebatur, et passim in jure repetitur, de his quæ incontinenti, vel ex intervallo paciscebantur.

» Utroque ergo casu rejecta et abrogata est testium probatio. »

(3) *Voy*. t. 4 (VIII, éd. fr.), n[os] 46-49.

(4) *Voy*. l'ordonnance de Louis XII de 1510, art. 46; l'ordonnance de François I[er] de 1525, chap. 8, art. 30; l'article 283 de l'ancienne coutume de Bretagne, et *ibi* d'Argentré; l'article 291 de la nouvelle, et *ibi* Duparc-Poullain.

En conservant ce mot énergique et nécessaire, on aurait pu rédiger d'une manière plus claire et plus concise la disposition des ordonnances de Moulins et de 1667, et dire : « Défendons de recevoir la preuve des contrats, » distrats et payements dont la valeur excède la somme » ou valeur de 100 livres. »

On retrouve bien ce sens dans les ordonnances et dans le Code; mais ce n'est que par interprétation. On ne peut se dissimuler que leur rédaction n'a pas toute la clarté désirable. L'édit perpétuel était plus clair.

nance de 1667 y a donc substitué le mot *actes*.

Du reste, elle ne défend pas plus que l'ordonnance de Moulins la preuve testimoniale en général, mais seulement dans les deux cas exceptés :

1° A l'égard des conventions et contrats dont l'objet excède cent livres, des résolutions et libérations de contrats dont elle exige la preuve par écrit, c'est-à-dire par des *actes;*

2° A l'égard des clauses ou pactes accessoires des contrats, sur ce qui serait allégué avoir été *dit* ou *convenu*, avant, lors ou depuis : *encore*, ajoute l'ordonnance de 1667, *qu'il s'agît d'une somme ou valeur moindre de cent livres.*

Cette addition ne se trouvait point dans le texte de l'ordonnance de Moulins, quoiqu'elle soit conforme à son esprit et au motif principal de sa disposition : car, si la subornation des témoins est peu à craindre, quand le vendeur allègue qu'outre le prix exprimé dans le contrat l'acquéreur a promis de lui payer, par exemple, 90 francs d'épingles, cette allégation pourrait, tout aussi bien que s'il s'agissait d'une somme plus considérable, occasionner l'abus auquel la loi a surtout voulu obvier, *cette multiplication de faits que l'on a vu être mis en avant... sujets à preuve de témoins et reproches d'iceux, dont aviennent plusieurs inconvénients et involutions de procès.*

24. Le Code civil, aussi rendu dans le même esprit que les lois précédentes, en a suivi la marche, et adopté, sauf quelques légers changements, la rédaction de l'ordonnance de 1667. L'article 1341 est ainsi conçu :

« Il doit être passé acte devant notaires, ou » sous signature privée, de toutes choses excédant la somme ou valeur de cent cinquante » francs, même pour dépôts volontaires ; et il » n'est reçu aucune preuve par témoins contre » et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui » serait allégué avoir été *dit* avant, lors ou » depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une » somme ou valeur moindre de cent cinquante » francs.

» Le tout sans préjudice de ce qui est prescrit dans les lois relatives au commerce (1). »

Les lois précédentes ne défendaient la preuve testimoniale qu'au-dessus de cent livres tournois. Le Code ne la défend qu'au-dessus de cent cinquante francs. Cette augmentation, nécessitée par l'abondance du numéraire, devenu beaucoup moins rare aujourd'hui qu'autrefois, n'est même pas proportionnée à la valeur comparative des espèces au temps où ces anciennes lois furent rendues; en sorte qu'on peut dire qu'au lieu de laisser plus d'étendue à la preuve testimoniale, le Code l'a réellement resserrée dans des bornes plus étroites : car cent cinquante francs n'ont pas aujourd'hui la même valeur qu'avaient cent livres tournois en 1667 et surtout en 1566.

25. Il faut même remarquer que le Code applique expressément la défense de recevoir la preuve testimoniale, non-seulement au cas où le capital excède cent cinquante francs, non compris les intérêts, mais encore au cas « où » l'action contient, outre la demande du capital, » une demande d'intérêts qui, réunis au capital, » excèdent la somme de *cent cinquante francs.* » (Art. 1342).

26. On voit, au reste, que le Code n'a pas plus que les lois précédentes voulu défendre la preuve testimoniale en général, mais seulement dans les cas exceptés. Il y a même une raison de plus pour le penser ainsi, puisque la disposition de l'art. 1341 est rangée sous le titre *de la Preuve des contrats ou des Obligations conventionnelles*, au lieu que la disposition de l'ordonnance de 1669 est placée au titre qui traite en général *des Faits qui gisent en preuve vocale ou littérale.*

Enfin, nous avons vu que la preuve testimoniale est d'une telle nécessité, que les hommes ne peuvent s'en passer. Si elle était interdite dans tous les cas, au lieu de prévenir un mal incertain et qui n'est pas sans remède, on ne ferait qu'en autoriser un plus grand, en donnant toutes les chances possibles à la mauvaise foi.

On ne pouvait donc l'interdire que dans les cas où les parties ont pu et dû se procurer un autre genre de preuve, une preuve écrite dans laquelle la loi a plus de confiance : car alors, si elles ne l'ont pas fait, elles sont en faute, et ne peuvent se plaindre de voir rejeter la preuve testimoniale; la loi les en avait averties.

Au contraire, la réprobation formelle de la preuve par témoins, prononcée par la loi d'une manière générale, favoriserait le pyrrhonisme auquel les hommes ne sont que trop enclins, et pourrait produire une fâcheuse impression sur les esprits faibles. Elle tendrait à ébranler les fondements de l'histoire et de la religion, qui ne reposent que sur la foi due aux témoins (2).

27. Prenons donc pour constant qu'aucune loi n'a défendu la preuve testimoniale en général, mais seulement dans les cas exceptés. L'admission de cette preuve est la règle; la prohibition de la recevoir est l'exception.

Mais aussi la prohibition devient règle générale pour tous les cas qui peuvent se rapporter à l'exception.

(1) Par arrêt du 24 février 1825, la cour de Bruxelles a jugé que la preuve testimoniale ne peut être admise au delà de 150 francs pour prouver l'interruption d'une prescription. *Voy.* dans le même sens : Gand, 31 décembre 1835 (*Pasicrisie belge* à cette date).

(2) Dalloz, v° *Preuve testimoniale*, n°s 26 et suiv.; Rolland, *eod. verbo*, n°s 35, 36.

28. Ces principes nous conduisent à la solution d'une question agitée par notre savant maître Duparc-Poullain (1), ainsi qu'à l'interprétation rationnelle (2) de la loi. Il demande s'il faut admettre la preuve testimoniale, lorsqu'il y a incertitude si la loi la permet ou non.

La question nous paraît mal posée. Si, comme nous croyons l'avoir prouvé, il n'existe point de disposition générale pour prescrire la preuve testimoniale, qui nous vient de l'Auteur de la nature; si l'admission de cette preuve est la règle, et la prohibition de la recevoir l'exception, on ne doit pas demander si la loi le permet en tel ou tel cas; mais plutôt si elle défend de l'admettre en tel cas proposé.

La question doit donc être posée de cette manière : Peut-on admettre la preuve testimoniale, lorsqu'il y a incertitude si la loi la défend ou non? Ainsi posée, la question se trouve résolue par un autre principe de raison naturelle : Tout ce que la loi ne défend pas est permis. Vous prétendez que l'admission de la preuve par témoins est défendue dans tel cas? C'est à vous de prouver votre prétention et la défense. *Ei incumbit probatio qui dicit.*

Si, au contraire, la preuve testimoniale était proscrite hors les cas où la loi la permet, ce serait à celui qui en demande l'admission à prouver qu'elle est permise dans le cas dont il s'agit.

La manière de poser une question est ordinairement un des plus sûrs moyens d'en trouver la solution.

Mais nous avons dit que la prohibition d'admettre, en certains cas, la preuve testimoniale, devient règle générale pour tous les cas qui peuvent se rapporter à l'exception. Il ne suffit donc pas que le texte de la loi garde le silence sur un cas proposé, pour en conclure que l'admission de la preuve n'est pas défendue. Elle l'est, si le cas dont il s'agit peut être rangé sous la prohibition, soit par une conséquence directe des termes de la loi, soit par analogie : par cette analogie qui est le véritable esprit de la loi, *mens legislatoris*, et qui est d'un si grand usage dans les sciences morales, surtout en jurisprudence (3).

Ceci se développera par des exemples, et d'abord, il est certain que les conséquences directes, tirées du texte de la loi, ne sont pas moins impératives pour les juges que le texte même. Ainsi, en ordonnant de passer des contrats, ou des actes écrits, de toutes choses excédant la valeur de cent livres (aujourd'hui de 150 fr.); en défendant d'en recevoir la preuve par témoins, l'ordonnance de Moulins avait clairement, quoique implicitement, défendu la preuve testimoniale de tous les contrats, de quelque espèce qu'ils fussent, soit réels, soit consensuels : elle n'en désignait aucun ; mais, comme elle n'en exceptait aucun, par cela même sa disposition était générale, elle les comprenait tous.

29. Cependant, il s'éleva des doutes à l'égard du contrat de dépôt volontaire. La foi due au dépôt est inviolable et sacrée; on la fait ordinairement dans le secret de l'amitié la plus intime. Exiger un acte pour le prouver, c'est blesser l'ancienne bonne foi, qui veut qu'entre amis le dépôt se fasse sans sûretés. La dénégation d'un dépôt est une sorte de délit. C'est au moins une perfidie, un dol; enfin, l'on invoquait l'opinion de Cujas, dont l'autorité est si grande en jurisprudence. Le président de Lamoignon pensa donc, dans les conférences tenues sur le projet de l'ordonnance de 1667, qu'il était bon d'y insérer sur ce cas une décision *telle quelle*. Elle le fut en effet, et elle a passé dans le Code (art. 1341, 1923).

Mais elle était inutile : le dépôt est un contrat. Il était donc réellement compris sous la disposition de l'ordonnance de Moulins. Cujas (4), dont on invoquait l'autorité, en convenait; il ne faisait que former un vœu pour l'en excepter : *Velim excipi sacri arcanique depositi causam.* Sur quoi donc le doute était-il fondé? On croyait voir, en faveur du dépôt, une raison d'équité; car c'est toujours la raison d'équité qu'on invoque quand on veut s'écarter arbitrairement du texte d'une loi civile et positive, comme c'est la raison d'État qu'on invoque quand on veut suspendre, écarter, ou violer une loi constitutionnelle.

Il est difficile de bannir entièrement cette doctrine trompeuse, et d'écarter ce fantôme d'équité, qui vient si souvent se placer entre la loi et les juges, lesquels, n'ayant point assez profondément médité ses dispositions, sont naturellement portés à l'arbitraire autant par caractère que par paresse. *Dieu nous garde de l'équité du parlement* (5)! disait le proverbe.

30. Malgré la décision solennelle de l'ordonnance de 1667, l'auteur estimable de l'*Instruction facile sur les conventions*, aussi égaré par ce fantôme d'équité imaginaire, exhume un vieil arrêt rapporté par Guénois et Vrevin, qui admit la preuve par témoins d'un prêt ou commodat de bijoux précieux prêtés par une femme à son amie : et il semble à l'auteur que cette facilité

---

(1) *Principes du droit français*, t. 9, p. 274, nº 13.

(2) C'est-à-dire l'interprétation fondée sur le raisonnement, sur des conséquences tirées du texte de la loi, et de l'analogie qui est le véritable esprit de la loi : par opposition à l'interprétation, qui n'est fondée que sur l'autorité, sur l'opinion des auteurs, sur ce qu'on appelle la jurisprudence des arrêts.

(3) *Voy.* t. 4 (VIII, éd. fr.), nᵒˢ 10 et 11.

(4) *Paratitla in Cod.*, lib. 4, tit. 34.

(5) *Voyez* Bouhier, *Observations sur les coutumes du duché de Bourgogne*, chap. 2, nº 51. Il faut absolument lire ce chapitre de Bouhier. Les juges devraient l'avoir perpétuellement sous les yeux.

de confier un meuble à un ami doit être considérée comme un fait plutôt que comme une convention. Cette confiance nécessaire, très-fréquente dans la société, est fondée, dit-il, sur les premiers sentiments de l'humanité. On la détruisait, si l'on exigeait un écrit, en ôtant la liberté de la prouver par témoins. La conclusion de ce raisonnement est que la preuve doit être admise.

C'est une erreur aussi contraire au texte qu'à l'esprit de la loi. Sans doute, les commodats sont, pour la plupart, fondés sur la confiance qu'inspire l'intimité; et s'ils ne sont pas nécessaires, comme le dit l'auteur, il est certain du moins qu'ils rendent la société plus douce. Que serait-elle sans cette confiance mutuelle?

Mais la fréquence même de ces actes de confiance est une raison de plus pour ne pas faire en leur faveur une exception qui n'est point dans la loi; pour ne pas permettre, contre son vœu et contre sa défense, qu'on porte devant les tribunaux une foule de contestations affligeantes, qui sèmeraient le trouble dans le sein des sociétés et des familles, qui les diviseraient nécessairement en deux partis, d'autant plus acharnés que le point d'honneur y serait toujours intéressé.

L'auteur dit que la facilité de confier un meuble doit être considérée comme un fait plutôt que comme une convention : mais ce raisonnement ne s'applique pas plus au commodat qu'au dépôt que le législateur a formellement refusé d'excepter. Cessons donc d'invoquer l'équité pour chercher dans la loi des exceptions qui n'y sont pas.

Quant aux circonstances qui ont dû précéder, accompagner ou suivre le fait en question, et qui peuvent rendre plus ou moins vraisemblable, plus ou moins probable, la prétention de l'une des parties, ces vraisemblances, ces probabilités, quelles qu'elles soient, ne suffisent point pour écarter l'application de la loi, pour accorder un genre de preuve qu'elle défend de recevoir (1), et qui ne peut lui-même donner qu'une probabilité plus forte, et non pas une certitude rigoureuse. Pour faire cesser la défense ou pour la rendre sans application, la loi exige qu'il y ait de plus un commencement de preuve écrite, ou qu'il n'ait pas été possible au créancier de se procurer une preuve littérale.

Ainsi, règle générale : la loi défend de recevoir la preuve testimoniale des conventions et des contrats au-dessus de la valeur de 150 fr., toutes les fois qu'il a été possible de se procurer une preuve écrite.

31. Mais cette défense, limitée aux conventions et aux choses excédant la valeur de 150 fr., laisse dans les termes du droit ancien et commun la preuve des conventions dont l'objet ne s'élève qu'à la valeur de 150 fr. ou au-dessous. La loi permet la preuve testimoniale en ne la défendant pas.

Ainsi, autre règle générale : la preuve testimoniale des conventions et des contrats dont l'objet n'excède pas la valeur de 150 fr. continue d'être admissible, comme elle l'était autrefois, avant les lois de prohibition.

32. Nous ne connaissons à cette règle qu'une seule exception ou dérogation en ce qui concerne la preuve du bail verbal. L'article 1715 porte :

« Si le bail fait sans écrit n'a encore reçu » aucune exécution, et que l'une des parties le » nie, la preuve ne peut être être reçue par té» moins, quelque modique qu'en soit le prix, et » quoiqu'on allègue qu'il y a eu des arrhes don» nées.

» Le serment peut seulement être déféré à » celui qui nie le bail (2). »

Avant la promulgation du Code, la jurisprudence, relativement à la preuve du bail verbal, n'était point la même dans les différents parlements du royaume.

Dans notre Bretagne, s'il y avait contestation, tant sur le fait de la jouissance du fermier, ou sur le nombre d'années qu'elle avait duré, que sur le prix de chaque année du bail, la preuve testimoniale du fait de la jouissance, ou du nombre d'années qu'elle avait duré, était admise, parce que, en effet, la jouissance, ou le temps qu'elle a duré, sont des faits réellement distingués de la convention. Il est même évident qu'indépendamment de toute stipulation, celui qui a joui du bien d'autrui doit tenir compte des revenus.

Quant au prix de chaque année de jouissance, il était fixé par des experts (3).

Cette jurisprudence n'avait rien que de conforme aux principes reçus; mais elle avait l'inconvénient d'occasionner les frais d'une expertise pour des objets souvent d'un très-mince intérêt.

A Paris, on ne recevait point la preuve testimoniale de la convention d'un bail verbal, quelque modique qu'en fût le prix ou le loyer. Si le locataire n'était point encore entré en jouissance, et que lui, ou le propriétaire, refusât d'exécuter la convention, on n'accordait contre le refusant que la ressource du serment.

(1) Si elles étaient de nature à caractériser un délit, par exemple, une escroquerie, il faudrait prendre la voie criminelle. Nous reviendrons sur ce point.

(2) Par un arrêt du 29 novembre 1825, la cour de Liége a décidé que la preuve par témoins d'un bail de terre est inadmissible, si elle est offerte par un tiers revendiquant, en vertu de ce bail, la récolte de ces terres, contre un créancier du propriétaire qui l'avait saisie à la charge de celui-ci ; que, dans ce cas, le serment ne peut non plus être déféré au prétendu bailleur. Voy. *Pasicrisie belge*, à cette date.

(3) *Voy.* Duparc-Poullain. *Principes du droit*, tome 9, p. 298; Boiceau et Danty, chap. 14, nº 2.

Si le locataire était entré en jouissance, et qu'il s'élevât des contestations sur le prix ou sur le loyer, on déférait le serment au propriétaire qui en était cru sur sa parole, à moins qu'il n'y eût mauvaise foi évidente. On regardait comme injuste d'obliger les parties à des estimations toujours dispendieuses et souvent peu fidèles. Voyez l'*Instruction faite sur les conventions*, liv. 2, tit. 15.

Le Code a suivi, presque en tout, l'usage de Paris. L'art. 1715 défend, comme nous l'avons vu, de recevoir la preuve testimoniale de la convention d'un bail verbal qui n'a point encore reçu d'exécution, quelque modique qu'en soit le prix; et si l'existence en est déniée, il n'accorde, contre celui qui la nie, d'autre ressource que celle du serment.

Si l'exécution du bail verbal a commencé, et qu'il s'élève une contestation sur le prix, l'art. 1716, qui est une suite du précédent, veut qu'on s'en tienne aux quittances; et, s'il n'en existe point, que le propriétaire en soit cru sur son serment. Voici les termes de l'art. 1716 : « Lorsqu'il y aura contestation sur le prix du » bail verbal, dont l'exécution a commencé, et » qu'il n'existera point de quittance, le propriétaire en sera cru sur son serment. »

Ces dispositions, comme on le voit, sont en tout conformes à l'usage de Paris; mais la dernière y déroge en ajoutant : « si mieux n'aime » le locataire demander l'estimation par experts; » *auquel cas les frais de l'expertise restent à sa* » *charge, si l'estimation excède le prix qu'il a* » *déclaré.* »

Le Code passe sous silence le cas où le locataire contesterait sa jouissance ou le nombre d'années qu'elle a duré.

Si elle durait encore, il ne pourrait guère la contester qu'en soutenant que c'est lui qui est propriétaire, et non le prétendu locateur : en ce cas, celui-ci serait tenu de prouver sa propriété, et jusque-là le possesseur, quoique injuste, serait maintenu provisoirement en possession, parce que la présomption de la loi est en faveur du possesseur annal.

Si la jouissance avait cessé, et qu'il y eût seulement contestation sur le fait de la jouissance, ou sur le nombre d'années qu'elle a duré, le propriétaire ne devrait point demander à prouver par témoins l'existence d'un bail verbal; car c'est un contrat dont la preuve testimoniale n'est point reçue, quelque modique qu'en soit le prix; mais, comme la jouissance ou l'occupation du lieu, et le nombre d'années qu'elle a duré, sont des faits qui peuvent toujours se prouver par témoins, parce qu'ils sont indépendants de toute convention, le propriétaire peut dire au fermier de mauvaise foi :

Je soutiens que vous jouissez, ou que vous avez joui pendant tant d'années de mon bien, en vertu d'un bail verbal, en raison de tel prix convenu entre nous. Si vous niez l'existence de ce bail, comme la loi ne me permet pas de le prouver par témoins, je renonce à le prouver : mais alors, je n'en soutiens pas moins en fait que vous avez joui de mon bien; et comme toute personne qui jouit ou qui a joui du bien d'autrui, sans titre légitime, doit en restituer les fruits, ou payer le prix des jouissances, je demande à prouver par témoins le fait de votre jouissance; et quant à la fixation des fruits, ou du prix des jouissances, des experts nous mettront d'accord.

Telle a été la doctrine constante de tous les auteurs depuis Boiceau, le premier des commentateurs de l'ordonnance de Moulins, jusqu'à notre savant Duparc-Poullain, le dernier des jurisconsultes qui aient écrit sur la matière. Tous enseignent que cette marche n'a rien de contraire aux lois qui défendent la preuve testimoniale; mais tous aussi enseignent également que la preuve testimoniale de l'existence d'un bail verbal ne peut être admise (1).

33. Cependant, le tribunal civil de Florac a cru voir que l'art. 1715 du Code déroge à cette ancienne doctrine, et qu'il permet la preuve testimoniale de l'existence et des conditions d'un bail verbal dont l'exécution a commencé. En conséquence, il admit, par jugement du 6 janvier 1817, à prouver par témoins, qu'à l'expiration d'un premier bail écrit, il avait été passé un autre bail verbal, réglé par de nouvelles conditions qui avaient été exécutées, et qui, au lieu de fermage en argent, fixaient le prix du bail à la moitié des fruits.

La cour royale de Nîmes, où l'appel fut porté, adopta les principes du tribunal de Florac, et confirma son jugement par arrêt du 22 mai 1819 : « Attendu que la faculté de prouver l'existence » du bail, accordée par l'art. 1715 du Code civil, » entraîne nécessairement avec elle celle d'en » prouver la nature et les conditions, etc. »

Il ne paraît pas que cet arrêt, rapporté dans ces recueils, où l'on trouve confondues les décisions les plus sages et les plus contraires à la loi, ait été déféré à la censure de la cour de cassation. Il est donc nécessaire de le déférer à celle de l'opinion publique, pour empêcher l'erreur de se propager.

Loin qu'il permette de prouver par témoins l'existence, la nature et les conditions d'un bail verbal, l'article 1715 défend expressément d'admettre la preuve testimoniale d'un bail verbal qui n'a pas reçu d'exécution, quelque modique qu'en soit le prix.

Le tribunal de Florac et la cour de Nîmes ont, sans doute, voulu appliquer ici ce que les dialecticiens appellent l'argument *a contrario sensu*, et raisonner ainsi : *L'article 1715 défend d'admettre la preuve de l'existence d'un bail ver-*

(1) *Voy* Dalloz, vº *Louage*; Duranton, tome 7 (XIII, éd. fr.), nº 504.

bal, qui n'a encore reçu aucune exécution, donc, a contrario sensu, *il permet de la recevoir lorsque l'exécution du bail a commencé.*

La réponse se trouve dans le principe tiré des lois romaines et enseigné par tous les auteurs, que l'on ne peut jamais employer l'argument *a contrario sensu* pour faire dire à un article de la loi le contraire de ce qu'elle dit dans un autre article (1). Or, l'art. 1716, qui est évidemment la suite et le complément de l'article précédent, a prévu le cas où l'exécution du bail a commencé, et où il y a contestation sur la condition essentielle de ce contrat, sur le prix du bail; et loin de permettre de recevoir la preuve testimoniale, cet article veut expressément que le propriétaire en soit cru sur son serment, si mieux n'aime le locataire demander l'estimation par experts.

L'arrêt de la cour de Nîmes a donc évidemment violé l'art. 1716 et faussement interprété l'art. 1715 du Code civil (2).

34. Mais, si l'art. 1715 défend de prouver par témoins l'existence et les conditions d'un bail verbal, peut-on du moins prouver par témoins le congé que le propriétaire et le locataire sont en certains cas obligés de se donner, le premier pour avertir le second de vider les lieux au terme indiqué, le second pour avertir le premier qu'il entend sortir au terme indiqué?

Pour rendre la question plus claire, on doit distinguer deux espèces de congés. L'un est un acte par lequel l'une des parties, soit le locateur, soit le conducteur, déclare à l'autre qu'elle entend dissoudre la location (3), quoique le terme ne soit point encore expiré.

L'autre est un acte par lequel l'une des parties avertit l'autre, qu'à l'expiration du bail courant elle n'entend pas en contracter un nouveau, et qu'en conséquence le locataire sortira au terme fixé (4).

Ces deux espèces de congés n'ont rien de commun que le nom : leur objet est essentiellement différent. L'un tend à dissoudre un contrat encore existant; l'autre à prévenir qu'on n'en veut pas former un second à l'expiration du premier.

Le congé de la première espèce est nécessaire lorsque le bail contient une clause résolutoire, en vertu de laquelle chacune des parties, ou l'une d'elles seulement, est libre de résoudre le contrat, ou bien encore, lorsque la loi accorde, en certains cas, cette faculté à l'une des parties. Par exemple, l'ancienne jurisprudence, fondée sur une loi romaine, permettait au locateur de résoudre le bail d'une maison pour aller l'occuper lui-même, privilége qu'il n'a plus aujourd'hui sans une condition expresse (5). (Art. 1761.)

Dans ces cas, il est évidemment indispensable que celle des parties qui veut user de la faculté que lui donne la convention ou la loi en prévienne l'autre, ou qu'elle demande la résolution par voie d'action, et qu'elle la fasse ordonner par la justice, si l'autre n'y consent pas volontairement.

Il est évident qu'on ne peut pas plus prouver par témoins les congés de cette espèce, qu'on ne peut prouver par témoins la demande en résolution de tout autre contrat quelconque pour quelque cause que ce soit; par exemple, la demande formée pour exercer le rachat d'un contrat de vente fait avec clause de réméré.

Le congé de la seconde espèce, qui n'a d'autre objet que d'avertir l'une des parties que le bail expire à telle époque, et que l'autre partie n'en veut pas contracter un second à l'expiration du premier, n'est, comme on le voit, nullement nécessaire. En consentant ou en acceptant un bail, je n'ai pas promis d'en consentir ou d'en accepter un second à l'expiration du premier : ni l'une ni l'autre des parties n'y doit compter. D'un autre côté, chacune d'elles connaît le temps où le bail doit expirer; le locateur sait qu'il doit chercher un nouveau fermier, le locataire qu'il doit chercher une autre maison ou une autre ferme. Il n'est donc pas nécessaire, il est même inutile de s'en avertir réciproquement. Le terme fixé pour l'expiration du bail avertit suffisamment : *Dies interpellat pro homine.* C'est aussi la maxime qu'on a toujours invariablement suivie, lorsque le bail est fait par écrit, et cette maxime est consacrée par l'art. 1737 du Code : « Le bail cesse de plein droit à l'expiration du terme fixé, lorsqu'il a été fait par écrit, sans qu'il soit nécessaire de donner congé. »

Le congé ou l'avertissement n'est pas plus nécessaire quand le bail a été fait sans écrit; car, ou les parties en ont verbalement fixé la durée, et alors l'expiration du terme les avertit suffisamment; ou, si elles n'ont pas fixé le terme de l'expiration du bail, la loi l'a fixé pour eux dans les art. 1758 et 1774, dont les dispositions sont la loi des parties, et n'ont pas moins de force qu'un convention expresse. Enfin, la loi

---

(1) *Voy.* Godefroy, sur la loi 2, Cod. *de conditionibus incertis*, etc.; Merlin, *Quest. de droit.*

(2) *Voy.*, dans le sens de Toullier, Bruxelles, cassat., 28 mars 1837; Troplong, nº 113.

(3) *Voy.* la nouvelle Collection de jurisprudence, connue sous le nom du *Nouveau Denisart*, vº *Congé.*

(4) *Voy.* Dalloz, vº *Preuve testimoniale*, nº 36, et vº *Louage.*

(5) Dans l'ancienne jurisprudence belge, le propriétaire pouvait résoudre le bail d'une maison pour l'occuper lui-même, sans qu'il fût même nécessaire qu'il en eût un besoin absolu. On se fondait sur la loi *œde*, Cod. *de locat. cond.* Mais, selon la plupart des coutumes, le propriétaire devait convenablement indemniser le locataire. En cas que le bail eût été résilié, l'indemnité devait se payer préalablement, d'après la coutume de Lille. A Tournay, on avait été plus loin : la loi *œde* ne pouvait être invoquée par le propriétaire, lorsque le bail avait été reconnu devant les échevins.

statue que le bail verbal ne pouvant être prouvé par témoins, il n'est censé fait que pour le temps qu'elle a fixé. Ainsi, de toute manière, le terme fixé par la convention ou par la loi avertit les parties, et dans ce cas, comme dans celui d'un bail écrit, *dies interpellat pro homine*. Le congé est parfaitement inutile.

Telle était aussi la jurisprudence du parlement du Dauphiné, comme nous l'apprend un arrêt du 1er février 1780, rapporté dans la *Gazette des Tribunaux*, tome 9, page 151. Cette jurisprudence était conforme à la raison.

Au contraire, dans le ressort du parlement de Paris, lorsque le bail n'était que verbal, soit qu'il s'agît d'une maison ou de biens ruraux, l'usage était que le locataire ou le fermier ne pût sortir ni être expulsé à la fin du bail, qu'après un congé donné par écrit, suivant le délai fixé par l'usage des lieux. On exigeait même que le congé fût accepté, faute de quoi il fallait obtenir un jugement, comme dans le cas de la résolution d'un contrat.

Cet usage, qui n'était fondé sur aucune loi, était abusif et onéreux pour les propriétaires, qui, à l'égard des petits loyers, étaient quelquefois obligés de dépenser un terme entier en pure perte, pour se débarrasser d'un locataire incommode ou peu solvable; et comme le retardement d'un seul jour dans la signification d'un congé le rendait nul, c'était un véritable piége tendu aux citoyens, d'autant mieux que l'usage différait dans chaque localité, et que n'étant, même encore aujourd'hui, fixé par aucune loi, il avait toujours quelque chose d'incertain.

L'art. 1775 du Code a fait cesser cet abus, à l'égard des héritages ruraux, dont le bail, quoique fait sans écrit, cesse de plein droit à l'expiration du temps pour lequel il est censé fait suivant la loi. Il en est de même de la tacite reconduction.

Mais, trop complaisants pour les usages de Paris, nos législateurs ont conservé la nécessité des congés relativement aux baux à loyer. L'article 1759 porte que, si le locataire continue sa jouissance après l'expiration du bail par écrit, il est censé occuper la maison, aux mêmes conditions, pour le terme fixé par l'usage des lieux, et ne pourra plus en sortir ni en être expulsé qu'après un congé donné suivant le délai fixé par l'usage des lieux; ce qui s'applique également au bail verbal. Voilà donc les seuls cas où le congé soit aujourd'hui nécessaire.

Mais le Code n'exige point que le congé soit accepté, ni que celui qui le donne obtienne un jugement, et cela avec beaucoup de raison; car, il ne s'agit point de résoudre un contrat existant, mais seulement d'avertir qu'on n'en veut point former un nouveau. Ce n'est qu'un simple avertissement.

Mais il faut, comme autrefois, qu'il soit donné dans le délai fixé par l'usage, faute de quoi il est nul, et le bail continue par tacite reconduction. Il faut encore, comme autrefois, qu'il soit donné par écrit. La cour de cassation a décidé qu'il ne peut être prouvé par témoins : « Attendu que l'art. 1715 du Code civil contient, » en matière de location verbale, une exception » à l'article 1341, lorsqu'il établit que la preuve » par témoins n'en peut pas être reçue, quelque » modique que soit le prix;

» Attendu que le congé se rattache nécessai» rement au bail dont il *opère la résolution*, et » qu'il doit être conséquemment régi par les » mêmes principes, ce qui est d'ailleurs con» firmé par les articles suivants du même cha» pitre relatifs au contrat de louage. »

Ce raisonnement de la cour de cassation n'a rien de concluant; car certainement, dans le cas proposé, le congé n'opère point la résolution du bail; il empêche seulement qu'il ne s'en forme tacitement un nouveau.

Néanmoins, il faut s'en tenir à la décision de cet arrêt, le Code ne permettant pas de prouver par témoins un bail verbal, quelque modique qu'en soit le prix; il semble, par analogie, qu'on ne peut admettre la preuve testimoniale d'un congé, sans aller contre l'intention du législateur. Le texte même de plusieurs articles favorise cette décision, comme l'a fort bien dit la cour de cassation; les art. 1736 et 1759 veulent que le congé *soit donné* dans le délai fixé par l'usage des lieux. Cette expression semble indiquer qu'il faut que le congé soit signifié ou notifié.

35. Si celui à qui le congé a été donné élève des prétentions mal fondées pour en retarder l'exécution, ou le faire annuler, et que ces prétentions ne se trouvent pas jugées avant le terme fixé pour le congé, la cour de cassation a décidé avec raison, par un arrêt du 25 janvier 1814, que le congé n'était point annulé par cela, et que les juges pouvaient même d'office prolonger d'un terme le délai fixé par le congé. Dans l'espèce, le congé avait été donné le 30 mars pour le 1er juillet; la cour de Paris prolongea le délai de trois mois, en le fixant au 1er octobre suivant.

36. Il faut remarquer que, dans tous les cas où les lois défendent la preuve testimoniale, c'est toujours aux juges qu'est adressée la défense de recevoir : *sans recevoir* aucune preuve par témoins, dit l'ordonnance de Moulins; *ne sera reçue* aucune preuve par témoins, dit l'ordonnance de 1615.

Le Code s'est exprimé de la même manière : *Il n'est reçu aucune* preuve par témoins, dit l'art. 1341; *la preuve ne peut être reçue*, dit l'art. 1715.

Or, ce ne sont pas les parties qui *reçoivent* la preuve; elles ne peuvent que l'offrir ou la proposer aux juges qui la reçoivent ou la rejettent. C'est donc évidemment à eux qu'est adressée la défense de recevoir la preuve testimoniale des conventions et des contrats, comme l'ont fort

bien observé Vrevin et Danty (1). L'édit perpétuel des archiducs de Flandre, puisé, comme nous l'avons dit, dans l'ordonnance de Moulins, et qui n'est que le développement de la disposition de cette loi, le dit expressément : « sans » que les juges *pourront* (puissent) *recevoir* au- » cune espèce de preuve par témoins, etc. » C'est donc incontestablement aux juges que la loi défend de recevoir la preuve testimoniale dans les cas où elle est défendue.

Ils doivent donc la rejeter d'office, si l'autre partie ne s'y oppose pas, ou si elle laisse défaut. Ils sont obligés de garder l'ordonnance indépendamment du fait des parties (2).

37. Le consentement, même exprès, des deux parties, ne saurait autoriser le juge à recevoir la preuve testimoniale, contre la défense qui lui est personnellement adressée, parce qu'elles ne peuvent le dégager ou le dispenser de l'obéissance qu'il doit au commandement de la loi.

Et si, par une première erreur, il avait admis la preuve, et appointé les parties à faire entendre des témoins, contre la disposition de la loi, il pourrait, il devrait révoquer cette sentence interlocutoire par son jugement définitif, et n'avoir aucun égard à l'enquête qu'il avait ordonnée, parce qu'elle est contraire à la loi, contre laquelle il n'y a point de fin de non-recevoir (3).

38. Enfin, si les juges de première instance avaient rendu un jugement définitif, fondé sur la preuve testimoniale ordonnée par un interlocutoire prononcé du consentement des parties, ou sans leur opposition, la partie lésée pourrait se porter appelante du jugement définitif, nonobstant le consentement donné à l'interlocutoire (4).

Telles sont les conséquences du principe, que les parties ne peuvent déroger à la disposition de la loi, qui défend aux juges de recevoir la preuve testimoniale dans les cas où elle est prohibée.

39. Et par une conséquence ultérieure, il s'ensuit qu'un arrêt rendu sur une enquête ordonnée contre la défense de la loi pourrait être soumis à la censure, et devrait être cassé.

Ces résolutions nous paraissent certaines en s'attachant à cette interprétation rationnelle, dont le grand avantage est d'écarter l'arbitraire, et de réduire la jurisprudence en une science qui procède de principes en conséquences.

Elles nous paraissent également sûres, si l'on préfère compter et comparer le nombre des autorités et des arrêts rendus sous l'empire des ordonnances de Moulins et de 1667, dont les dispositions ont été adoptées par le Code (5).

40. Cependant notre savant maître Duparc-Poullain (6), de l'opinion duquel nous ne nous écartons jamais sans en avoir mûrement pesé les motifs, pense que la défense de recevoir la preuve testimoniale dans les cas prohibés est purement respective, et que les parties plaidantes peuvent y déroger.

Il commence par regarder comme douteuse la question de savoir si, après avoir acquiescé à la preuve par témoins dans les cas où la loi la rejette, on peut réclamer contre l'acquiescement et faire casser l'appointement et les enquêtes, comme contraires à la loi. Et d'où vient ce doute dans l'esprit de l'auteur? C'est que, dit-il, Rodier (7) rapporte des arrêts pour et contre.

En recourant à Rodier, nous trouvons qu'il rappelle la doctrine de Bornier, commentateur estimé de l'ordonnance de 1667, qui enseigne que les fins de non-recevoir contre l'admission de la preuve dans les cas prohibés ne peuvent être couvertes par le règlement des contraires, bien que la partie n'ait pas interjeté appel, et qu'elle ait fait son enquête. Les juges, malgré l'enquête faite, n'y doivent avoir aucun égard, d'autant que cet article concerne *le droit public*, auquel le juge ni les parties ne peuvent déroger. Bornier appuie cette doctrine de plusieurs arrêts du parlement de Paris, rapportés par Louet, Carondas, Leprestre, etc., qui tous suivent la même doctrine.

Rodier rappelle ensuite l'opinion de Jousse, autre commentateur estimé de la même ordonnance, qui enseigne aussi que quoiqu'une partie ait laissé faire l'enquête, ou fait sa contraire enquête, elle est recevable à appeler du jugement qui l'aurait condamnée. Jousse cite les mêmes auteurs et les mêmes arrêts que Bornier et Rodier, et en ajoute un autre rendu dans les mêmes principes par le parlement de Toulouse, le 15 juillet 1749, et il en rapporte l'espèce.

Voilà donc les trois commentateurs les plus estimés de l'ordonnance de 1667, sans compter les auteurs qu'ils citent et ceux que nous avons cités *supra*, d'accord sur le point de doctrine, que ni les juges ni les parties ne peuvent déroger à la défense de recevoir la preuve testimoniale dans les cas prohibés; et cette doctrine est appuyée sur une foule d'arrêts rendus depuis 1575 jusqu'en 1749, sans que les auteurs,

---

(1) Danty, *Addition sur le premier chapitre du Commentaire de Boiceau*, nº 9.

(2) Gand, 6 novembre 1841 (*Jur. de B.*, 1842, p. 62). *Voy.* Rolland, vº *Preuve testimoniale*, nºs 40 à 43. *Contra* Duranton, t. 7 (XIII, éd. fr.), nº 308; Duparc-Poullain, t. 9, p. 301, nºs 41 et 42.

(3) Danty, *ubi supra*.

(4) Danty, *ubi supra*, nº 35.

(5) Les juges ne pouvaient, même du consentement des parties, déroger à l'article 19 de l'édit perpétuel de 1611. (*Voy.* Anselmo, *ad ed. perp.*, art. 19, § 4.)

(6) *Principes du droit*, t. 9, p. 301, nºs 40 et 41.

(7) Question 6, sur l'art. 2, titre 20, de l'ordonnance de 1667.

qui ont la manie de tout citer, en citent un seul contraire dans tout cet intervalle de temps.

Rodier, il est vrai, a cru devoir en rapporter un rendu en 1749, par le parlement de Toulouse; mais il le rapporte uniquement pour n'être pas taxé d'inexactitude : « Nous devons » aussi, dit-il, parler d'un arrêt contraire, etc. » Il en donne l'espèce sans faire la moindre observation qui puisse faire soupçonner qu'il en approuve la décision.

Il n'était donc pas exact de dire que Rodier rapporte des arrêts pour et contre. Il fallait dire que Rodier rapporte *pour*, plusieurs arrêts et autorités, et qu'il en rapporte *contre*, un seul et unique, ou, comme on disait alors, un arrêt *solitaire*.

La doctrine que nous avons embrassée, fondée sur l'interprétation rationnelle des ordonnances et du Code, est donc réellement enseignée par presque tous les auteurs, et conforme à la jurisprudence des anciens arrêts, à l'exception d'un seul. Examinons maintenant les raisons de Duparc-Poullain.

Il passe sous silence la conséquence si décisive et si directe que Vrevin et Danty tirent du texte des lois qui adressent personnellement aux juges la défense de recevoir la preuve testimoniale au-dessus de cent livres, aujourd'hui de 150 francs; il se borne à combattre la raison donnée par Bornier, que la prohibition est de *droit public*. « Il semble, dit-il, qu'on en peut » dire autant de presque toutes les dispositions » prohibitives des ordonnances et des coutumes. » Quoiqu'elles soient de droit public, si elles » ont pour seul objet l'intérêt des particuliers, » et si le droit de quelques autres que ceux qui » ont acquiescé ne s'y trouve pas mêlé, il sem- » ble que l'acquiescement doit avoir toute sa » force. »

Oui, sans doute, parce qu'en ce cas la disposition n'est pas de droit public; voici les exemples qu'il donne :

« Il est de *droit public*, dit-il, qu'on ne peut » donner, en Bretagne, à un des héritiers, ni à » l'autre conjoint. Les motifs de cette disposi- » tion sont si sages qu'ils intéressent tous les » citoyens. »

C'est assurément ce qu'on ne peut accorder. Ces motifs n'intéressent que les héritiers, et nullement les autres citoyens, ni la paix de la société.

« Cependant, ajoute l'auteur, la nullité n'est » que respective. Elle ne peut plus être propo- » sée lorsque, après l'ouverture de la succession » du donateur, les héritiers majeurs ont ac- » quiescé au don... parce qu'il n'y a qu'eux » qui soient intéressés à l'*attaquer*. »

Rien de plus vrai, et c'est précisément ce qui prouve que la disposition n'est point du *droit public*, comme le prétend l'auteur; autrement l'acquiescement serait inutile : *jus publicum privatorum pactis non potest mutari*. (L. 38, ff. *de pactis*, 2, 14.) Cette disposition était de droit privé, et c'est pour cela que les héritiers pouvaient renoncer à s'en prévaloir. *Unicuique licet juri in favorem suum introducto renuntiare.*

« Au contraire, ajoute l'auteur, dans le cas » d'une substitution prohibée par le droit pu- » blic de la province, l'acquiescement de tous » ceux qui ont un intérêt actuel n'est pas suffi- » sant, etc. »

Rien encore de plus vrai; les substitutions anciennes, semblables aux majorats que l'on voudrait introduire dans notre législation, intéressent visiblement le droit public. Elles changent l'ordre légal des successions; elles retirent du commerce des propriétés considérables, qu'il importe d'y maintenir; elles trompent les créanciers du grevé de substitutions, elles introduisent l'inégalité entre ceux que la nature a fait naître égaux; elles divisent les familles en mettant en opposition les liens du sang et les intérêts; elles corrompent les affections domestiques, en rendant les pères injustes et les enfants jaloux; et comme l'observe fort bien l'auteur, il est impossible qu'il y ait en cette matière acquiescement de tous ceux qui auraient intérêt d'attaquer la substitution.

L'auteur termine en disant que : « Dans l'es- » pèce de la preuve par témoins, il est *évident* » que, pour chaque affaire particulière, la pro- » hibition n'*intéresse que les parties* qui plaident, » et qu'ainsi elles peuvent déroger au droit que » leur donne la loi. »

Il nous est encore impossible d'accorder à l'auteur ces différentes propositions. 1° La défense de recevoir la preuve testimoniale, dans les cas prohibés, n'est point un droit que la loi donne à l'une des parties. C'est, comme nous l'avons vu, un ordre qu'elle adresse directement aux juges pour leur défendre de recevoir cette preuve, et, par conséquent, les parties ne peuvent les dispenser d'obéir à cet ordre qui est absolu, et non pas conditionnel. La loi dit simplement et absolument, *ne sera reçue aucune preuve*, etc..., ou comme l'Édit perpétuel, *sans que les juges puissent recevoir aucune preuve*, etc. La loi n'ajoute point : à moins que les parties ne consentent à l'admission de la preuve. Or, qui peut ajouter à la loi une condition qu'on n'y trouve point? Qui a donné aux parties le pouvoir de dispenser le juge d'obéir à un ordre que la loi lui adresse personnellement?

41. 2° Loin qu'il soit *évident* que la défense de recevoir la preuve testimoniale, dans les cas prohibés, n'intéresse que les parties plaidantes, il nous paraît évident à nous qu'elle intéresse toute la société. Cette défense a été faite d'abord pour obvier à cette multitude de procès dispendieux et compliqués, que faisait naître l'admission de la preuve testimoniale, dans le cas où l'on avait pu s'en procurer une littérale; procès dont la multiplicité et l'importance portaient le trouble dans le sein de la société en divisant non-seule-

ment les individus, mais encore les familles et les amis, qui ne manquent jamais de prendre parti pour ou contre l'une des parties belligérantes. Premier motif qui intéresse la paix de la société.

De plus, la défense de recevoir la preuve par témoins, quand on a pu se procurer une preuve écrite, a eu pour objet de rendre moins fréquents les faux témoignages et les subornations de témoins; et certes, ce second motif n'intéresse pas seulement les parties plaidantes, il intéresse encore la morale publique.

Ainsi, rien de plus sage que la disposition qui adresse directement aux juges la défense de recevoir la preuve testimoniale des conventions, quand on a pu se procurer une preuve écrite, sans permettre aux parties d'y déroger.

42. Cette règle est même tellement rigoureuse, que, suivant l'art. 1343, qui est de droit nouveau, « celui qui a formé une demande excé» dant *cent cinquante francs* ne peut plus être » admis à la preuve testimoniale, même en res» treignant sa demande primitive. »

C'est au moment de la convention, au moment où l'obligation a été contractée, qu'il faut se reporter pour savoir si elle peut être prouvée par témoins. Si, dans l'origine, elle excédait 150 fr., la loi ordonnait au créancier d'en faire passer un acte par écrit : elle défendait au juge d'en recevoir la preuve par témoins. En formant une demande excédant 150 francs, le créancier reconnaît qu'il s'agit d'une obligation dont la loi défendait la preuve testimoniale, au moment où cette obligation a été contractée. En réduisant son action à 150 francs, il cherche donc à éluder la prohibition, par le sacrifice d'une partie de sa créance, pour sauver l'autre. C'est un détour qu'il prend pour faire admettre un genre de preuve que la loi défend de recevoir, puisqu'il s'agit réellement d'une créance de 300 francs, par exemple, quoiqu'il se réduise à en demander 150 francs. Il devait se procurer une preuve écrite, la loi le lui ordonnait.

Il faut pourtant avouer que c'est interpréter la prohibition d'une manière bien rigoureuse, que de la reporter irrévocablement au moment où l'obligation a été contractée. Qu'importe qu'elle fût de 300 francs dans l'origine, dès lors que le créancier la réduit à 150 francs? La crainte de la subornation des témoins, qui est le grand motif de la défense, cesse dans le cas de la réduction, puisque la loi permet la preuve jusqu'à cette somme. D'ailleurs il est possible que la demande de 300 francs fût une erreur que le créancier a voulu corriger en réduisant son action à 150 francs, ou moins; pourquoi donc supposer à la réduction le motif d'éluder la loi, tandis que cette réduction peut avoir eu un motif louable? Il est permis de corriger ses conclusions en tout état de cause; c'est un devoir quand il s'agit de rectifier une erreur. La défense d'admettre à la preuve testimoniale celui qui réduit sa demande à 150 francs est donc fondée sur une interprétation excessivement rigoureuse de la loi.

43. Aussi, cherchait-on autrefois à éluder cette rigueur, en distinguant entre la réduction faite avant ou après la contestation en cause (1), qui s'opérait par le premier règlement, appointement ou jugement rendu après les défenses fournies (2). Mais, outre que l'article 1343 est général, le Code de procédure ne reconnaît point ce qu'on appelait autrefois la contestation en cause (3). Ainsi, la demande une fois formée au-dessus de 150 francs ne peut plus être réduite à cette somme pour faire admettre la preuve testimoniale. Le demandeur offrirait même inutilement de prouver que sa demande n'était portée à 300 francs que par erreur. On lui répondrait que nulle preuve n'est admise contre la présomption légale, lorsque, sur le fondement de cette présomption, la loi dénie une action ou une preuve, à moins qu'elle n'ait réservé la preuve contraire.

Quelque rigoureuse que puisse paraître la disposition qui défend d'admettre à la preuve testimoniale le créancier qui, depuis sa demande formée, la réduit à 150 francs, ou même au-dessous, cette disposition est néanmoins, comme nous venons de le voir, fondée en droit, *in apicibus juris*, et elle doit être observée (4).

44. Mais si l'action n'est point encore formée, le créancier, pour être admis à la preuve testimoniale, peut-il réduire à 150 francs une créance supérieure à cette somme? L'affirmative semblerait d'abord résulter de l'art. 1343, qui défend d'admettre la preuve, dans le cas où la réduction est faite *depuis la demande formée*; donc peut-on dire, *a contrario* (5), cet article permet la preuve, lorsque la réduction est faite antérieurement à la demande, ou au moment de la demande. Mais, outre que rien n'est moins concluant que l'argument *a contrario sensu*, trop souvent invoqué en jurisprudence, lorsqu'il s'agit d'interpréter une loi ou un contrat, l'art. 1344, qui est aussi le droit nouveau, a prévu le cas de la réduction faite, non pas depuis la demande, mais par la demande même; il porte : « La » preuve testimoniale, sur la demande d'une » somme, même moindre *de* 150 *francs*, ne

(1) *Voy.* Rodier, question 7, sur l'art. 2, titre 20 de l'ordonnance de 1667; Danty, *Addition sur le chapitre* 18 *de Boiceau*, n° 4.

(2) *Voy.* l'art. 13 du titre 14 de l'ordonnance de 1667.

(3) *Voy.* l'*Analyse raisonnée du Code de procédure*, par Carré, question 1290.

(4) *Voy.* Rolland, *Preuve testimoniale*, n° 31; Pothier, *des Obligations*, n° 788; Duranton, t. 7 (XIII, éd. fr.), n° 317; Favard, v° *Preuve*, § 1, n° 3.

(5) *Vid. supra*, n° 33.

» peut être admise, lorsque cette somme est » déclarée être le *restant* ou *faire partie* d'une » créance plus forte, qui n'est point prouvée » par écrit. »

Cet article est une suite du précédent (1), qui défend d'admettre la preuve testimoniale, lorsque le créancier, dans l'espérance de la faire recevoir, réduit une demande *déjà formée à cent cinquante francs*, ou une somme moindre. L'article 1344, qui suit immédiatement cette disposition, prévoit deux autres cas :

1° Celui où la demande introductive, qui réduit la créance à 150 francs, porte que cette somme fait partie d'une créance plus forte;

2° Celui où la demande porte que la somme est le restant d'une créance plus considérable.

Dans ces deux cas, l'art. 1344 défend d'admettre la preuve testimoniale. Pourquoi cela ? Par la raison que nous avons déjà dite en expliquant l'art. 1343. C'est au moment de la convention, au moment où l'obligation est contractée, qu'il faut se reporter pour savoir si elle peut être prouvée par témoins, ou si le créancier a désobéi à la loi, qui lui ordonnait de passer un acte écrit (2), si l'obligation excédait la valeur de 150 fr. Il est indifférent que, depuis ce temps, l'obligation primitive ait diminué, qu'elle ait été en partie acquittée en sorte que le restant se trouve, au moment de la demande, réduit à 150 francs, ou même au-dessous. Il n'en est pas moins vrai, et cela est prouvé par la déclaration ou l'aveu du créancier, qu'originairement la créance était au-dessus de 150 fr., de 300 fr. par exemple, et que, par conséquent, il était défendu de la prouver par témoins, parce que le créancier avait désobéi à la loi, en n'exigeant pas un acte écrit. Cette défense ne peut cesser *ex post facto*, par ce qui est survenu depuis, par les à valoir, qui ont diminué la créance, encore moins par la réduction volontaire que le créancier ne propose que pour être admis à un genre de preuve que la loi lui refusait, en l'avertissant qu'il n'y serait pas reçu, et que les juges ne recevraient qu'une preuve écrite (3).

45. Mais si par une dissimulation peu louable, puisqu'elle cache une partie de la vérité, qu'il faut toujours dire tout entière, le créancier se borne à exposer qu'il lui est dû une somme de 150 francs, qu'il a prêtée en présence de telles personnes dignes de foi, sans ajouter que cette somme fait partie ou est le restant d'un prêt de 300 francs, il est évident qu'il cherche à éluder la loi, et à induire en erreur le juge à qui elle défend de recevoir la preuve, quand la somme demandée est le restant, ou fait partie d'une somme plus considérable. Pour encourager cette réticence frauduleuse que pourrait conseiller un praticien subtil, et non pas un jurisconsulte digne de ce nom, *juris, non fraudis consultus*, la loi permet-elle, en ce cas, d'admettre la preuve testimoniale? Non certes, elle garde le silence, et c'est ce qu'elle devait faire.

Cependant, un grand magistrat, M. de Malleville, l'un des rédacteurs du projet de Code, dans son Commentaire sur l'art. 1344, semble penser que la loi permet la preuve testimoniale dans le cas que nous venons de proposer : « De » cette expression, lorsque cette *somme est dé-* » *clarée*, il suit, dit-il, que si la somme était » simplement demandée, sans dire qu'elle est » le restant d'une somme plus forte, la preuve » par témoins devrait être admise (4). » Tel est aussi l'avis de Pothier, art. 756.

Nous prouverons tout à l'heure que tel n'est point l'avis de ce grand jurisconsulte. Mais voyons auparavant quels seraient les inconvénients et les suites de l'opinion qu'on lui prête.

D'abord, sans être moraliste très-sévère, on trouvera peut-être qu'il est peu digne de la majesté des lois de faire dépendre le succès de la demande d'un créancier d'une réticence frauduleuse, qui n'a d'autre objet que d'éluder la loi même, en dissimulant une partie de la vérité.

Mais enfin, supposons que j'aie prêté à Paul 300 francs, en présence de personnes dignes de foi. N'en pouvant obtenir la restitution, je suis obligé de le traduire en justice, et pour être admis à la preuve testimoniale, je fais un sacrifice forcé, je réduis ma demande à 150 fr., en dissimulant avec soin que cette somme fait partie d'un prêt de 300 francs. Le tribunal, ignorant ce dernier fait, ne peut se dispenser d'ordonner la preuve : mais les témoins, qui se croient, avec raison, obligés de dire toute la vérité et rien que la vérité, déposent unanime-

---

(1) Cet article est la consécration d'une opinion de Pothier, contraire à celle de Boiceau et critiquée par Duranton, t. 7 (XIII, éd. fr.), et par Favard, v° *Preuve*, § 1, n° 13.

(2) C'est par ce principe qu'il faut résoudre la question transitoire de savoir si une créance excédant 100 francs, mais au-dessous de 150 francs, peut être aujourd'hui prouvée par témoins, lorsqu'elle est antérieure à la promulgation du Code. Il faut répondre négativement.

Principe général : La question de savoir si une espèce de preuve ou de présomption est ou n'est pas admissible, doit être jugée selon les lois existantes à l'époque où se forma le droit des parties. (*Voy.* l'arrêt de la cour de cassation du 22 mars 1810.)

Ajoutez : et selon les lois du pays où l'obligation a été formée. Ce sont ces lois qu'il faut consulter pour savoir si telle preuve est admissible. *Voy.* le *Répertoire de Jurisprudence*, v° *Preuve*, sect. 2, § 3, art. 1er, nos 3 et suiv. [Éd. Tarlier, t. XXIV, p. 428.]

(3) *Voy.* Favard, *Répertoire*, v° *Preuve*, § 1, n° 2; Duranton, t. 7 (XIII, éd. fr.), n° 310; Merlin, v° *Preuve*; Dalloz, *eod. verbo*, n° 16.

(4) Ce raisonnement n'est encore fondé que sur le malheureux argument *a contrario sensu*. Telle est aussi l'opinion de Favard, *loc. cit.*, et de Duranton, t. 7 (XIII, éd. fr.), n° 323.

ment que j'ai prêté, en leur présence, 300 fr. à Paul.

Le tribunal ne peut le condamner à me payer les 150 francs qui sont l'objet de ma demande; car les témoins ne parlant que d'un prêt de 300 fr., le prêt de 150 fr., que j'ai réclamé, n'est pas prouvé. Les témoins ne peuvent assurer que les 150 francs demandés font partie du prêt de 300 francs fait en leur présence; je ne puis moi-même le déclarer sans faire rejeter la preuve testimoniale, aux termes de notre article 1344.

Mais enfin, supposons que les témoins déposent que la somme de 150 francs fait partie du prêt de 300 francs, le tribunal, averti par là qu'il s'agit, dans l'origine, d'une obligation dont la loi défend de recevoir la preuve testimoniale, et que je n'ai dissimulé cette circonstance que pour l'induire en erreur, et faire admettre une preuve défendue par la loi, ne doit-il pas rejeter ma demande sans avoir égard à l'enquête? Il n'est point lié par son interlocutoire; et nous avons vu *supra*, nos 36 et suiv., que si, par une première erreur, il avait admis la preuve et ordonné l'enquête, il pourrait et devrait rendre son jugement définitif, sans avoir égard à l'enquête qu'il avait ordonnée, parce qu'elle se trouve contraire à la loi, contre laquelle il n'y a point de fin de non-recevoir, comme le dit fort bien Danty, en parlant des cas où le juge est tombé lui-même dans l'erreur; à plus forte raison lorsque, comme dans le cas proposé, il a été induit en erreur par la dissimulation frauduleuse du créancier demandeur (1).

Et qu'on ne dise pas que cette dissimulation est permise, qu'elle est autorisée par la loi. Non certes, elle ne l'est pas. La loi se borne à défendre d'admettre la preuve, quand il est connu par la déclaration du créancier que, dans son origine, l'obligation était supérieure à la somme de 150 francs, quoiqu'elle soit moindre au moment de la demande, ou quoique le créancier la réduise; mais la loi n'ajoute point que la preuve doit être admise, lorsque le créancier ne fait pas cette déclaration. C'eût été, au moins en apparence, autoriser, encourager la dissimulation du créancier : le législateur s'est bien gardé de le faire.

On oppose l'autorité de Pothier, qui pense, dit-on, que la preuve par témoins doit être admise, lorsque le créancier demande une somme, sans dire qu'elle est le restant d'une somme plus forte.

Non encore, ce n'est point là ce que dit ce grand jurisconsulte. Il propose, n° 791, le cas où je vous demande 60 francs, restant du prix d'une vente que je vous ai faite pour 200 francs. Vous niez avoir acheté. Dois-je être admis à prouver cette vente par témoins? Pothier soutient avec raison la négative, par les motifs que nous avons déjà exposés : c'est à l'origine de la convention qu'il faut s'arrêter pour savoir s'il est permis de la prouver par témoins.

46. Pothier ajoute, n° 792 (2) : « Mais si le » demandeur offrait la preuve testimoniale, non » de la vente faite pour le prix de 200 francs, » non d'un prêt de 200 francs, mais de la pro» messe que lui aurait faite le défendeur de *lui* » *payer les 60 francs qui lui restaient dus*... je » pense, dit-il, qu'il devrait être reçu à la » preuve; car cette promesse est une nouvelle » convention n'excédant pas 100 francs, rien » n'empêche que la preuve testimoniale puisse » être admise. »

Cette opinion de Pothier nous paraît juste, et n'a rien de contraire à l'art. 1341 du Code. La déclaration du créancier qu'il a existé une créance plus forte, dont celle qu'il demande fait partie, n'empêcherait point aujourd'hui la preuve testimoniale, dans le cas proposé, parce que c'est une nouvelle obligation, postérieure à la première, qu'il s'agit de prouver par témoins; ce n'est point une réduction de l'ancienne créance.

J'avais prêté verbalement à Paul 300 francs restituables dans un an. A l'échéance du terme, il m'apporte 200 fr. seulement, en me promettant, devant plusieurs témoins, de me rendre le surplus dans un mois. Cette promesse, que j'ai acceptée, est un nouveau contrat, qui peut être prouvé par témoins, parce que la somme qui en est l'objet n'excède pas 150 francs. Il n'importe que je déclare ou que j'énonce que la somme de 100 francs est le restant d'un prêt de 300 francs, puisque je ne demande point à prouver par témoins cet ancien prêt, mais seulement une convention nouvelle, par laquelle Paul a promis de me compter une somme de 100 francs. La mention que je fais de l'ancien prêt de 300 francs n'a d'autre objet que d'indiquer la cause de la nouvelle créance que je réclame. L'offre de la prouver par témoins ne paraît donc nullement contraire à la disposition bien entendue de l'article 1344 du Code. Les témoins de la nouvelle convention ne seront même que fort rarement les mêmes que ceux de l'ancien prêt.

Cette question résolue par Pothier est, comme on voit, absolument différente de la question de savoir si le Code autorise la preuve testimoniale, lorsque le créancier, pour la faire admettre, dissimule que la somme de 100 fr. ou 150 fr. qu'il demande fait partie ou est le restant d'une somme plus forte (3).

47. Il nous reste à examiner la disposition

(1) *Sic* Duranton, t. 7 (XIII, éd. fr.), n° 325; Dalloz, t. 10, p. 724, n° 9.

(2) Edit. Tarlier, t. I, p. 240.

(3) *Voy.* Dalloz, v° *Preuve testimoniale*, n° 84, et Rolland, *eod. verbo*, n° 84.

finale de l'art. 1344, qui ne défend d'admettre la preuve testimoniale d'une créance moindre de 150 francs restant d'une somme plus forte, que dans le cas où cette créance plus *forte n'est point prouvée par écrit.*

Il paraît d'abord bien difficile d'imaginer un cas où le créancier soit obligé de recourir à la preuve testimoniale, lorsqu'il demande le restant d'une créance plus forte qui *est prouvée par écrit.* Il faut donc, pour donner un sens raisonnable à la disposition finale de l'art. 1344, supposer que l'écrit qui formait cette preuve n'est plus en la possession du créancier.

S'il l'a perdu *par suite d'un cas fortuit, imprévu, ou résultant d'une force majeure,* point de difficulté : l'art. 1348 permet en ce cas la preuve testimoniale, comme nous le verrons dans la suite. Si le créancier se trouve dessaisi de son titre d'une autre manière, l'art. 1348 demeure sans application.

L'article 1344 ne peut-il pas offrir une ressource en certains cas? Par exemple, Paul me doit 1,000 fr., dont il m'avait donné son billet. Le terme étant arrivé, il se présente pour me payer; mais il se trouve qu'il n'a pas la somme entière : il ne me compte que 900 francs, et promet, en présence de plusieurs personnes, de me rendre le surplus sous peu de jours. Plein de confiance dans sa promesse, je lui rends néanmoins le billet; mais il manque à sa parole, et je suis contraint de le faire citer en justice. Puis-je être admis à la preuve testimoniale? Oui, sans contredit, elle devrait être reçue, quand même la créance de 1,000 francs n'eût pas été prouvée par écrit; car il ne s'agit pas de prouver l'ancienne créance de 1,000 fr., mais une nouvelle convention dont l'objet est au-dessous de 150 fr. : c'est le cas proposé par Pothier, dont la décision est fortifiée par l'art. 1344, dans le cas où il a existé une preuve écrite de la première créance de 1,000 francs.

Il est pourtant vrai que cet article dit au présent : « Une créance plus forte qui n'est pas » prouvée par écrit. » Il ne dit pas qui *n'était* pas prouvée par écrit. Néanmoins nous pensons qu'il faut entendre l'article dans ce dernier sens, c'est-à-dire dans le cas où la preuve écrite n'est plus en la possession du créancier. Autrement il nous serait impossible de trouver un sens raisonnable à la disposition finale de cet article. Car, si la preuve écrite était encore au pouvoir du créancier, la preuve testimoniale serait superflue (1).

48. Si l'on ne peut prouver par témoins une créance de 150 francs, ou même moindre, lorsqu'elle est le restant d'une créance plus considérable, parce que c'est à l'origine de la créance qu'il faut se reporter, pour savoir si elle peut être prouvée par témoins, cette preuve peut-elle être admise dans le cas d'une demande contenant plusieurs créances formées en différents temps, provenant de causes différentes, et dont chacune, dans l'origine, est au-dessous de 150 francs, mais qui, jointes ensemble, excèdent cette somme?

En ne suivant que les déductions du raisonnement, et le droit romain, qu'on appelle en jurisprudence la raison écrite, il faudrait dire que la preuve doit être admise, parce qu'on n'aperçoit, dans l'admission, rien de contraire à la prohibition de la loi. Je vous ai prêté, le 1er janvier, 100 francs, en présence de Caïus et de Titius; le 1er mars, je vous ai vendu un meuble quelconque, pour le prix de 100 francs, en présence de Paul et de Charles. La loi ne m'ordonnait de constater par écrit aucune de ces deux conventions, parce que la valeur de chacune n'est que de 100 francs. Je ne puis donc être privé du droit de les prouver par témoins : ainsi, je puis demander la somme de 200 francs, savoir : 1° 100 francs pour le prêt que je vous ai fait le 1er janvier, et 100 francs pour la vente du 1er mars, et offrir de prouver le prêt par les témoignages de Caïus et de Titius, et la vente par le témoignage de Charles et de Paul.

La loi 11, ff. *de jurisdict.*, 2, 1, fournit, en faveur de cette décision, l'argument le plus fort. *Si idem cum eodem pluribus actionibus agat, quarum singularum quantitas intra jurisdictionem judicantis sit, conservatio vero omnium excedat modum jurisdictionis ejus; apud eum agi posse Sabino, Cassio, Proculo placuit : quæ sententia rescripto imperatoris Antonini confirmata est.*

Aussi, Boiceau, commentateur de l'ordonnance de Moulins, ne doutait point que la preuve ne fût admissible en ce cas. Il ne croyait pas nécessaire de s'arrêter à cette décision, trop connue, disait-il, de tous les praticiens (2).

Cependant Pussort, rédacteur de l'ordonnance de 1667, présenta aux magistrats assemblés par ordre du roi, pour donner leur avis sur le projet de loi, un article qui rejetait la preuve testimoniale, lorsque les demandes du créancier, jointes ensemble, excèdent 100 livres, quoique provenant de différentes causes, et en divers temps.

Cet article fut combattu avec beaucoup de supériorité par le premier président Lamoignon, qui dit que l'article était contre le droit et contre l'usage; si, par exemple, il est dû *trois cents livres pour diverses causes, que la preuve en soit différente, que les témoins et les lieux le soient aussi.*

Pussort ne donna qu'une réponse évasive. Il dit qu'il s'agissait, dans l'article, d'empêcher

(1) Rolland, v° *Preuve testimoniale*, n° 54; Malleville, sur l'art. 1344; et Dalloz, n° 85.

(2) Chap. 8, nos 11 et 12.

que, par le moyen *de deux faux témoins, l'on ne se rendît maître du bien des hommes*, crainte absolument illusoire dans le cas proposé, puisque les témoins sont différents sur chaque chef de demande au-dessous de 100 livres, aujourd'hui 150 francs.

L'amour-propre du rédacteur l'emporta sur ces raisons sans réplique, et l'article fut, avec quelque différence de rédaction, conservé dans l'ordonnance, tit. 20, art. 5, ainsi qu'un autre article ajouté, pour empêcher qu'on n'en éludât la disposition.

La précipitation avec laquelle ils étaient forcés de travailler ne permit pas aux rédacteurs du Code civil de s'arrêter à peser les avantages ou les inconvénients de chaque disposition qu'ils prenaient dans les lois anciennes. Les deux articles, si justement critiqués, ont donc passé sans examen dans le Code, dont l'art. 1345 porte : « Si, dans la même instance, une partie » fait plusieurs demandes, dont il n'y ait point » de titre par écrit, et que, jointes ensemble, » elles excèdent la somme de 150 francs, la » preuve par témoins n'en peut être admise, » encore que la partie allègue que ces créances » proviennent de différentes causes, et qu'elles » se soient formées en différents temps; si ce » n'était que ces droits procédassent, par suc- » cession, donation ou autrement, de personnes » différentes. »

49. L'art. 1346 ajoute : « Toutes les demandes, » à quelque titre que ce soit, qui ne seront pas » *entièrement justifiées par écrit*, seront formées » par un même exploit, après lequel les autres » demandes, dont il n'y aura point de preuves » par écrit, ne seront pas reçues. »

De ces deux dispositions combinées, il résulte que, s'il m'est dû par Paul 150 francs, que je lui ai prêtés le 1er janvier, en présence de témoins, et 150 francs, pour prix d'un meuble vendu le 1er mars en présence d'autres témoins, je ne puis être admis à la preuve testimoniale ni de l'une ni de l'autre de ces créances, si je les demande par le même exploit.

Et si je commence par demander séparément la première créance pour être admis à la preuve, je ne pourrai plus réclamer la seconde. Ma demande *ne sera pas reçue*, si Paul m'oppose que je devais former les deux demandes par le même exploit; je n'aurai plus contre lui que la ressource du serment (1).

50. Si le terme du payement de la seconde créance n'était pas encore échu, lorsque j'ai formé ma première demande, il est évident que la demande que j'en ferais dans la suite ne pourrait être repoussée, car je ne pouvais ni joindre à ma première demande celle d'une créance qui n'était pas exigible, parce que qui a terme ne doit rien, ni être forcé d'attendre l'échéance de la seconde créance, pour demander la première qui était exigible. (*Voyez* Rodier sur l'art. 6.)

Je ne pourrais encore être forcé de former, par le même exploit, deux demandes qui sont de nature à être portées devant des tribunaux différents, l'une par-devant le tribunal de commerce, l'autre devant le tribunal civil.

La preuve testimoniale doit encore être reçue, quoique les demandes réunies excèdent 150 fr., lorsque les *droits procèdent par succession, donation ou autrement, de personnes différentes* (2). (Art. 1345.)

51. Supposons que Paul, à qui Jean doit 300 francs sans preuve écrite, laisse deux héritiers entre lesquels la créance se divise de plein droit, chacun d'eux pourra-t-il, en formant sa demande séparément, être admis à la prouver par témoins?

Non, parce qu'il s'agit d'une créance de 300 francs, quoique accidentellement divisée sur deux têtes, et que c'est toujours à l'origine de la créance qu'il faut se reporter pour savoir si elle peut être prouvée par témoins, comme nous l'avons dit ci-dessus (3).

52. Voici un autre cas dans lequel la décision doit être différente. Paul avait sur Jean deux créances de 150 francs chacune, formées en temps différents, pour causes différentes, en présence de témoins différents. Il meurt : la première des créances échoit à l'un des héritiers, la seconde à l'autre; ou bien Paul a légué l'une des créances à Jacques, et l'autre à Pierre. Chacun de ces créanciers pourra-t-il, en formant séparément sa demande, être admis à la preuve par témoins?

Nous n'en saurions douter. On peut opposer que chacun des héritiers ou légataires ne peut avoir plus de droit que n'en avait son auteur; mais il faut considérer qu'il s'agit de deux créances diverses, qui, dans leur principe, n'excédaient pas 150 francs, dont chacune, par conséquent, était originairement susceptible d'être prouvée par témoins. Si Paul les a laissées s'accumuler sur sa tête, en négligeant d'exiger la première avant le terme de la seconde, il se trouvait par là accidentellement privé de la preuve testimoniale, parce que la loi l'obligeait à réunir ses demandes dans le même exploit; mais c'était une obligation qui lui était personnelle, et qui a cessé par sa mort : puisque la même obligation n'est pas, et ne peut être imposée à chacun des héritiers ou légataires, cha-

(1) Conf. Duranton, t. 7 (XIII, éd. fr.), nos 327, 328; Rolland, vo *Preuve testimoniale*, no 58. *Contra*, dans l'ancien droit, Gousse, etc.

(2) Duranton, tome 7 (XIII, éd. fr.), no 327; Favard, vo *Preuve testimoniale*, § 1, no 14; Rolland, no 59; Dalloz, vo *Preuve testimoniale*, no 90.

(3) *Contra* Solon, *des Preuves*, no 144. *Voy.* Duranton, t. 7 (XIII, éd. fr.), no 327.

cun ne pourrait demander que la créance dont il est propriétaire. La preuve par témoins doit être admise, parce qu'elle n'a rien de contraire à la disposition d'aucun des articles de la loi.

Ajoutez à cela que la disposition des art. 1345 et 1346 doit être rigoureusement resserrée. *Quod contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias.* (L. 141, ff. *de reg. jur.*)

ARTICLE II.

Exceptions à la règle qui défend la preuve testimoniale en certains cas.

PREMIÈRE EXCEPTION.

Cas où il y a commencement de preuve écrite (1).

SOMMAIRE.

53. Transition aux trois exceptions faites à la règle générale.
54. Qu'est-ce qu'un commencement de preuve?
55. Les commencements de preuve sont des présomptions qui rendent le fait vraisemblable.
56. Qu'est-ce que la vraisemblance?
57. La loi ne peut déterminer ce qui forme un commencement de preuve.
58. Mais elle a, par des dispositions expresses, ordonné que certaines présomptions dispenseraient de toute preuve : ce sont des présomptions légales.
59. Elle n'a permis au magistrat de juger sur les présomptions de l'homme que dans deux cas.
60. Le commencement de preuve écrite est une présomption fondée sur un écrit. Il autorise l'admission de la preuve testimoniale dans tous les cas.
61. Les écritures privées, avant d'être reconnues ou vérifiées, ne forment qu'un commencement de preuve.
62. Confirmation de cette assertion.
63. L'ordonnance de Moulins n'exigeait pas que les écritures fussent signées pour former un commencement de preuve écrite.
64. Elle ne comprit point, dans la prohibition, les cas où il existe ce que depuis nous avons nommé *commencement de preuve écrite*. Développement de ses motifs.
65. L'ordonnance de 1667 a déclaré exclure de la prohibition les cas où il existe des commencements de preuve écrite.
66. Si la signature d'un tiers, à la réquisition d'un autre, ou la signature d'un coïntéressé, forme un commencement de preuve suivant cette loi.
67. L'art. 1347 du Code dit que, pour former un commencement de preuve, l'écrit doit être *émané* de celui à qui on l'oppose, ou de son auteur.
68. Parce que les actes ne font foi qu'entre les parties et leurs ayants cause.
69. Donc les écrits, qui sont de nature à faire preuve contre celui à qui on les oppose, peuvent former un commencement de preuve. L'article 1347 n'est pas limitatif.
70. Les livres des marchands peuvent former un commencement de preuve par écrit.
71. Autres exemples de commencements de preuve, non émanés de celui à qui on les oppose. Copies, transcriptions des actes.
72. Opinion de Delvincourt et de Duranton, examinée et rejetée.
73. La vente *a non domino* est un commencement de preuve qui autorise l'acquéreur à prouver par témoins la durée de sa possession, pour opérer la prescription.
74. Les commencements de preuve émanés de ceux à qui on les oppose font naître plus de questions que les autres, et pourquoi.
75. Difficulté de les ranger en classes régulières. On peut cependant distinguer :
76. 1° Les écrits auxquels il ne manque que la reconnaissance ou la vérification de l'écriture pour former une preuve ;
77. 2° Les écrits auxquels il manque quelque chose dans la forme, les actes nuls, imparfaits, prescrits ou énonciatifs ;
78. 3° Les écrits d'où l'on peut seulement induire la vraisemblance des faits en question ;
79. 4° Les écrits non signés, mais écrits de la main de celui à qui on les oppose ou de ses auteurs.
80. Des écrits de la première classe.
81. Des écrits de la seconde classe. Le billet souscrit, mais non écrit par le débiteur, et dont il n'a pas approuvé la somme, forme un commencement de preuve.
82. Réponse à une objection tirée de l'art. 1332.
83. Si l'acte où la cause de l'obligation n'est pas exprimée ne forme qu'un commencement de preuve. Opinion de Duranton rejetée.
84. L'acte synallagmatique, non fait double, est un commencement de preuve, contre l'opinion de Duranton.
85. Suite et cohérence des principes du Code, sur la preuve qui résulte des actes sous seing privé.
86. Si un acte nul pour défaut de forme, etc., peut former un commencement de preuve.
87. S'il est signé des deux parties, ou seulement d'une seule. Distinction de Duranton.
88. Pour former un commencement de preuve, le Code n'exige point qu'il soit émané des deux parties, ni qu'il soit au pouvoir des deux.
89. Ainsi la clause écrite sur l'un des doubles de l'acte sous seing privé et non sur l'autre peut former un commencement de preuve.
90. L'acte authentique nul, par défaut de forme ou par

---

(1) Nous ajouterons en général, et pour nous dispenser de fastidieuses répétitions :
Que, d'après l'édit perpétuel de 1611, la somme au-dessus de laquelle la preuve testimoniale n'était pas admise était de 150 livres artois.

53. Après avoir expliqué la règle générale, qui défend la preuve testimoniale des choses dont l'objet excède la valeur de 150 francs, et démontré que les parties n'y peuvent déroger par aucun acquiescement exprès ou tacite, exposé enfin avec quelle rigueur cette règle a été interprétée et même étendue, nous passerons aux exceptions.

La première concerne le cas où il existe un commencement de preuve par écrit. Cette exception est aussi ancienne que la défense.

La seconde est le cas d'impossibilité, c'est-à-dire lorsqu'il a été impossible au créancier de se procurer une preuve littérale. La loi ne pourrait, sans injustice, étendre à ces cas la prohibition de la preuve testimoniale.

La troisième est relative aux affaires de commerce.

54. La première exception, qui n'en est point une à proprement parler, est le cas où il existe un commencement de preuve par écrit. Ce cas ne fut point, dans l'origine, compris par l'ordonnance de Moulins dans la défense de recevoir la preuve testimoniale au-dessus de la valeur de 100 fr., et il ne l'a point également été dans les lois subséquentes.

Mais qu'est-ce d'abord qu'un commencement de preuve?

Qu'est-ce qu'une preuve?

Une preuve, dit fort bien Domat, « est tout » ce qui *persuade* l'esprit d'une vérité. » C'est en général ce qui détermine un homme raisonnable à croire et à juger que le fait allégué a existé ou qu'il n'a pas existé, qu'il est vrai ou faux.

Mais la persuasion que produisent les preuves, cette persuasion qui détermine le jugement, peut être complète ou incomplète. L'effet de la preuve peut être tel, qu'il détermine entièrement à croire et à juger que le fait allégué est vrai ou faux; tel, en un mot, qu'il exclue le doute. L'esprit satisfait croit alors apercevoir cette certitude morale, la seule dont, en jurisprudence, les questions de fait soient susceptibles.

Il peut arriver aussi, et il arrive même très-souvent que la croyance n'est qu'ébranlée par l'effet de la preuve. L'esprit n'est point entièrement persuadé : il conserve du doute, il reste indécis, sans oser se déterminer, parce qu'il aperçoit des motifs presque égaux de croire ou de ne pas croire. Il lui en faut de nouveaux pour dissiper ses incertitudes, pour fixer son indécision et faire pencher la balance d'un ou d'autre côté; il cherche, il attend ces nouveaux motifs, tout prêt à les saisir pour se déterminer; car le doute est pénible à l'homme (1).

55. La preuve est donc alors incomplète. Elle est imparfaite, puisqu'elle ne produit pas une entière persuasion. Elle n'est que commencée, et non point achevée. La preuve qui ne produit que cette demi-persuasion est ce que nos jurisconsultes français appellent assez convenablement un *commencement de preuve*. C'est ce que les interprètes du droit romain et les docteurs appelaient *une semi-preuve* (*semi-plenam probationem*).

Le commencement de preuve est donc tout ce qui produit cette demi-persuasion, tout ce qui place l'esprit dans une situation telle qu'il n'aperçoit assez de motifs, ni pour croire, ni pour ne pas croire, dans cet état d'indécision et d'équilibre qu'on appelle *doute*, et qui vient de l'insuffisance des preuves, ou de l'égalité de vraisemblance entre les preuves pour et contre.

Ces preuves insuffisantes, qui constituent ce qu'on appelle *un commencement de preuve*, consistent dans les présomptions plus ou moins fortes, qui résultent de faits déjà constatés ou reconnus pour constants : « Il y a commence- » ment de preuve, dit le Code, lorsque les pré- » somptions ou indices, résultant de faits dès » lors constants, sont assez graves... pour rendre » vraisemblable le fait allégué. » (Article 523 *juncto* art. 1347.)

Les commencements de preuve ne sont donc que des présomptions; et les présomptions ne sont autre chose, dit très-bien l'art. 1349, que *des conséquences qu'on tire d'un fait connu à un fait inconnu*. Les faits connus et constants sont les prémisses; la vérité, la fausseté, ou seulement la vraisemblance du fait inconnu, en sont la conséquence.

Le chancelier d'Aguesseau (2) a remarqué, avec beaucoup de raison, que c'est un point commun à toutes les espèces de preuves, en général, dont la force consiste, dit-il, dans la conséquence qu'on peut tirer de quelque vérité connue, pour en conclure la vérité dont on cherche la preuve, soit qu'on tire une conséquence d'une cause à son effet, ou d'un effet à sa cause, ou de la connexité d'une chose à une autre. Ainsi tout l'art de l'esprit, toute la prudence des juges, consiste à tirer d'un fait connu une conséquence certaine, qui fasse parvenir à la connaissance d'un fait douteux.

Si la connexité ou la liaison entre le fait connu et le fait inconnu, dont on cherche la preuve, est nécessaire et indispensable; si l'un ne peut exister sans que l'autre existe en même temps; ou si, au contraire, l'existence de l'un exclut nécessairement l'existence de l'autre, cette nécessité démontrée par le raisonnement devient une preuve, une certitude à laquelle un esprit raisonnable ne peut refuser son assentiment.

Si, au contraire, ce qui est le cas le plus ordinaire, la connexité ou la liaison entre les deux faits n'est pas nécessaire, mais plus ou moins vraisemblable, ou seulement possible, et fondée sur de simples conjectures, il n'en résulte qu'une présomption vraisemblable de la vérité du fait allégué, plus ou moins forte, suivant les circonstances, présomption que, selon le degré d'impression qu'elle produit sur l'esprit, on appelle aussi *adminicule*, *indice*, *commencement de preuve; adminicule*, parce qu'elle peut aider à la preuve ou à la découverte de la vérité; *indice*, parce qu'elle indique la voie qu'on peut suivre pour y arriver; *commencement de preuve*, parce qu'elle ne suffit pas seule pour opérer une preuve complète, en produisant cette entière persuasion qui détermine l'esprit du juge.

La raison dit, et l'expérience nous apprend que, pour former la preuve qui persuade, sou-

(1) Rolland, v° *Commencement de preuve par écrit*, n° 1 et 2; Dalloz, v° *Preuve testimoniale*, n° 114; Duranton, t. 7 (XIII, éd. fr.), n° 342.

(2) T. 2, p. 38, 3e plaidoyer.

vent même pour la commencer, et placer l'esprit dans cet état de doute, où il lui semble apercevoir autant de motifs pour croire que pour ne pas croire, il faut plusieurs présomptions : moins si elles sont fortes; davantage, si elles sont faibles. Le nombre supplée à la force et augmente la crédibilité du fait allégué, parce qu'il présente alors plus de traits de ressemblance avec la vérité, et qu'il acquiert ainsi cette vraisemblance que la loi donne pour caractère ou pour type du commencement de preuve; vraisemblance qui consiste, par rapport au fait inconnu qu'il s'agit de prouver dans ses rapports, dans sa liaison ou connexité avec le fait connu, rapports et liaisons qui augmentent par le nombre des circonstances, mais aussi qui peuvent être altérés ou entièrement détruits par d'autres circonstances opposées, ou même par une seule.

56. C'est de l'appréciation de toutes ces circonstances, et du jugement qu'on en porte, que naît dans l'esprit la vraisemblance qui n'est, par rapport à la personne du juge, que la perception et la combinaison de toutes les circonstances qui induisent à conclure, par analogie, que le fait allégué a au moins l'apparence de la vérité, ou qu'il est vraisemblable.

Or, comme les hommes n'ont point la même manière de voir, le même fait, accompagné des mêmes circonstances, peut souvent être vraisemblable pour les uns, et ne l'être pas pour les autres.

Bien plus, une seule circonstance pouvant altérer ou détruire tout à fait la vraisemblance, le même fait qui, dans une affaire, a paru vraisemblable, peut très-bien, dans une autre, ne paraître plus tel aux mêmes juges, et ne l'être pas en effet.

57. La loi ne saurait donc déterminer d'une manière précise ce qui peut former un commencement de preuve, le nombre et la qualité des présomptions qui rendent un fait vraisemblable, ou qui même peuvent former une preuve, parce qu'il n'est pas en son pouvoir de fixer des règles à la vraisemblance, et de commander la persuasion ou la croyance.

Mais, pour empêcher que les juges ne s'égarent dans le vague des conjectures, soit par une crédulité excessive, soit par un scepticisme qu'on ne saurait, sans troubler la société, admettre en jurisprudence ni dans les affaires de la vie civile, pour ne point, en un mot, abandonner à un arbitraire effrayant l'état, la fortune des citoyens, et le sort des contestations qui s'élèvent entre eux, elle n'a point voulu laisser indéfiniment au juge le pouvoir dangereux d'admettre ou de rejeter, à leur gré, toutes les présomptions.

58. Elle en a donc choisi un certain nombre, auxquelles, dans certains cas déterminés, et par des dispositions expresses, elle donne la prérogative de dispenser de toutes les preuves celui en faveur de qui elles existent, et auxquelles, par conséquent, le magistrat est obligé de conformer son jugement. Ce sont celles-là qu'on appelle présomptions légales; nous en parlerons dans la section suivante.

59. Quant aux présomptions qui ne sont point établies par la loi, elles sont, par leur nature, abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat. La loi l'avertit seulement qu'il ne doit admettre que des *présomptions graves, précises et concordantes*.

Elle va plus loin : elle ne lui permet d'asseoir son jugement sur de simples présomptions que dans les cas *seulement où la loi admet les preuves testimoniales, à moins que l'acte ne soit attaqué pour cause de fraude ou de dol*.

60. Mais s'il existe une présomption fondée sur un écrit, c'est-à-dire, si le fait connu d'où l'on tire les conséquences qui forment la présomption est constaté par écrit, la loi permet, ou plutôt ne défend pas d'admettre la preuve testimoniale, dans tous les cas, et à quelque somme que s'élève la demande. C'est ce qu'on appelle un commencement de preuve par écrit.

Une présomption fondée sur un écrit présente en effet plus de stabilité que les présomptions que l'on fonde sur d'autres faits toujours susceptibles de contestation, au moins, dans leurs circonstances, ainsi que dans les conséquences qu'on en peut tirer. Au contraire, l'existence d'un écrit représenté à la justice ne saurait être contestée, et les conséquences qu'on en prétend tirer peuvent s'apprécier beaucoup plus sûrement. Aussi nous pouvons remarquer, dès ici, que jamais la prohibition de la preuve par témoins ne s'est étendue au cas où il existe des écritures formant commencement de preuve par écrit, c'est-à-dire, qui rendent vraisemblable le fait allégué.

61. Nous l'avons observé ailleurs (1), et rien n'est plus vrai, philosophiquement parlant : l'écriture, quelle qu'elle soit, ne fait foi par elle-même que des caractères qui tombent sous nos sens; elle ne peut former seule aucune preuve, ni de la vérité des faits qu'elle contient, ni de la main qui en a tracé les caractères, ni du temps où ils l'ont été; on n'en peut jamais tirer que des conjectures, parce qu'il n'y a point de connexité nécessaire entre ces écritures et la réalité ou l'existence des faits qu'elles contiennent, l'époque où ils se sont passés, en les supposant vrais, ni enfin la main qui en a tracé les caractères.

Mais, comme les transactions les plus importantes de la vie civile reposent sur la foi due aux écrits où elles sont presque nécessairement consignées, afin d'en conserver ou d'en perpétuer le souvenir, quels embarras et quelles difficultés de toute espèce dans le commerce, quel trouble dans la société ne répandraient pas la faculté

(1) T. 4 (VIII, éd. fr.), n° 190.

laissée à une des parties de remettre sans cesse en question les conventions et les faits consignés par écrit, et la nécessité imposée à l'autre de recourir à d'autres preuves, sans aucun égard pour le témoignage muet, mais permanent et invariable, de l'écriture! Ce fut donc avec une profonde sagesse que la loi civile, pour le repos des familles et la paix de la société, établit, en faveur des actes authentiques, c'est-à-dire, reçus avec les formalités prescrites par un officier public dans l'exercice de ses fonctions, l'éminente prérogative de faire *pleine foi* par eux-mêmes (art. 1319), c'est-à-dire de faire une preuve complète des faits et des conventions qu'ils contiennent. La loi commande au juge d'y avoir confiance, de les tenir pour véritables, et de les faire exécuter jusqu'à ce qu'ils soient détruits par l'accusation de faux.

Cette prérogative éminente de l'authenticité ne pouvait, sans les plus grands inconvénients, être accordée aux actes privés, lorsqu'ils ne sont pas reconnus par la partie intéressée. Jamais, sous aucune législation, ils n'ont fait preuve par eux-mêmes.

Dans le droit romain, suivi en France avant l'ordonnance de Moulins, toutes les conventions, même verbales, se prouvaient par témoins: c'était uniquement de leurs dépositions que les écrits tiraient leur force. Les actes publics, autrement actes *forenses*, *publice confecta*, *publice celebrata*, n'étaient point exceptés de la loi commune. La signature du tabellion ne suffisait pas pour leur conférer l'authenticité. Si l'autre partie n'avouait pas la convention qu'ils contenaient, en un mot, s'ils n'étaient pas volontairement reconnus, il fallait appeler en témoignage le tabellion, ou les autres personnes qui avaient assisté à l'acte pour venir reconnaître l'écriture et les signatures (1). Ce qui, pour le dire en passant, confirme pleinement la vérité de l'observation que nous avons faite ailleurs (2), que toute preuve littérale se réduit, en dernière analyse, à la preuve testimoniale ou à l'aveu de la partie.

Quant aux actes privés, qui n'étaient point écrits par un tabellion, mais écrits ou souscrits par les parties, il fallait y appeler trois témoins, qui pussent, en cas de dénégation, venir reconnaître l'écriture et les signatures, et attester que les actes avaient été faits et souscrits en leur présence.

Les actes faits hors la présence des témoins, sous la seule signature des parties, n'avaient pas plus de force que les conventions verbales. La vérification par comparaison d'écriture ne pouvait même pas en être demandée: ce n'eût été qu'une conjecture dans laquelle le législateur n'avait pas de confiance; mais les conventions contenues dans ces actes pouvaient être prouvées par témoins (3).

De là, les interprètes du droit romain et les docteurs conclurent, avec raison, que les écritures privées ne formaient point par elles-mêmes une preuve complète, mais seulement une preuve imparfaite, ou, comme ils disaient alors, une semi-preuve, *semiplenam probationem* (4). C'est ce que nous appelons aujourd'hui *un commencement de preuve par écrit*.

62. Les principes du droit romain et la doctrine des interprètes étaient suivis, en France, avant l'ordonnance de Moulins; aussi nos anciens auteurs enseignaient que les écrits privés, lorsqu'ils ne sont pas reconnus, ne peuvent servir qu'à soulager la mémoire des témoins. Bouteiller, qui vivait sur la fin du XIII[e] et au commencement du XIV[e] siècle, dit, dans sa *Somme rurale*, tit. 106: « Lettres qui ne sont faictes » par-devant juge qui ayt autorité de ce faire, » ou par notaire, ou par tabellions publics, ne » sont à recevoir en forme de preuve, *qui vaille* » *pleine preuve*, si autres tesmoings n'y a avec, » ne seroit comptée que pour mémoire de » tesmoings recorder sur ce. Et faudroit que les » tesmoings déposassent sur la teneur d'icelles. »

Mais aussi, dans notre ancien droit français, comme dans le droit romain, la preuve testimoniale des conventions, même verbales, était reçue, à quelques sommes qu'elles pussent monter. Il en était arrivé que les procès étaient devenus extrêmement compliqués, par la multiplication des faits que les parties alléguaient et demandaient à prouver, pour en tirer la preuve indirecte de l'existence du contrat ou de la promesse. Ce fut pour faire cesser cet abus autant que pour diminuer le nombre des faux témoins, dont la subornation est plus à craindre lorsqu'il s'agit d'une somme considérable, que l'ordonnance de Moulins, rendue en 1566, ordonna de passer contrats par-devant notaires de toutes choses excédant la somme ou valeur de 100 livres, pour une fois payer, et défendit de recevoir *aucune preuve par témoins* outre le contenu au contrat, ni sur ce qui serait allégué avoir *été dit ou convenu* avant icelui, lors ou depuis (5).

Il ne fut donc plus permis de prouver par témoins les conventions verbales arrêtées entre les parties, *sine scripto*, lorsque leur valeur excédait 100 livres. Voilà le grand changement qu'opéra l'ordonnance de Moulins dans notre jurisprudence. Du reste, elle n'en fit absolument

(1) *Voy.* ce que nous avons dit tome 4 (VIII, éd. fr.), n° 203.

(2) *Ibid.*, n° 44, et *supra*, n° 1.

(3) *Ibid.*, n° 206.

(4) *Vid.* Mascardus, *de Probationibus*, t. 1, p. 58, question 13, *de Quarta specie semiplenæ probationis quæ fit per scripturam privatam*; et tome 4, conclus. 1301, n° 28.

(5) On peut voir *supra*, n° 16, la disposition de l'édit perpétuel de 1611, analogue à l'ordonnance de Moulins, avec cette différence toutefois que la somme est, non *de 100 livres*, mais *de 300 livres artois*.

aucun concernant les écritures privées. Elle conserva à leur égard le droit antérieur à sa promulgation, en ajoutant, immédiatement après la défense de recevoir la preuve par témoins des conventions verbales au-dessus de 100 livres, la déclaration formelle de ne point comprendre les écritures privées dans la prohibition : « En quoi » n'entendons exclure les preuves des conven» tions particulières, et autres qui seraient » faites par les parties, sous leurs seings, sceaux » et *écritures privées.* »

Ainsi les actes sous seing privé continuèrent, comme auparavant, de ne point former une *preuve pleine* (1), comme le disait Bouteiller, mais aussi on continua de prouver comme auparavant les conventions qu'ils contenaient par des témoins, qui déposaient sur la teneur de ces actes, sur l'écriture, sur les signatures faites en leur présence; et ce n'était même ordinairement que par témoins que ces écrits étaient vérifiés, ainsi que nous l'apprennent Imbert (2) et son commentateur Guenois.

63. L'ordonnance de Moulins n'exige même pas que les écritures privées soient revêtues de la signature des parties, pour en permettre ou pour n'en point exclure la preuve ou la vérification par témoins. On peut remarquer qu'elle range ces écritures en trois classes :

1° Les conventions particulières faites sous le seing des parties;

2° Celles qui ont été faites sous leurs sceaux. Le temps où ils tenaient lieu de signatures était encore peu éloigné. L'ordonnance d'Orléans, rendue en 1560, est la première loi qui ait ordonné que les actes seraient signés des parties. *Voyez* tome 4 (VIII, éd. fr.), n° 87;

3° Les autres *écritures privées*, sans les désigner d'une manière précise et limitée, c'est-à-dire, les écritures privées quelconques, dit fort bien le savant commentateur Boiceau (3), *scriptura qualiscumque fuerit;* en un mot, tous les actes, soit souscrits ou signés, soit seulement écrits de la main des parties, de quelque espèce qu'ils soient, *omnia privata scripta quæ partium manu, vel scripta, vel subscripta, omnes ejusmodi scripturas sub hac lege comprehensas esse non dubito, nulla specierum habita differentia*, pourvu néanmoins qu'on en puisse tirer quelque espèce de preuve : *si modo ex eis nonnulla probatio elici possit.* C'est ce que dit en d'autres termes notre art. 1347 du Code, pourvu qu'il *rende vraisemblable le fait allégué.*

Il était impossible de caractériser et d'indiquer, d'une manière plus claire et plus précise, ce que nous avons depuis appelé *commencement de preuve par écrit* (4), expression alors in-

---

(1) Nous ne nous sommes donc pas exprimé avec assez d'exactitude en disant t. 4 VIII, éd. fr.), n° 7 : « Mais » en supprimant la preuve testimoniale, en ordonnant de » passer des contrats devant notaires, l'ordonnance ne » porta aucune atteinte *à la preuve qui résulte des écri» tures privées.* »

Depuis, comme avant l'ordonnance de Moulins, les écritures privées ne forment point une preuve par ellesmêmes, mais seulement un commencement de preuve, comme nous disons aujourd'hui.

(2) Dans sa *Pratique civile* ou *Observations* FORENSES, liv. 1, chap. 47, n° 8, p. 105, édition de Genève, 1641. « Pour la comparaison desquelles écritures privées, dit» il, nous n'usons point ordinairement *de comparaison » de lettres*, mais faisons venir témoins, qui disent bien » connoître lesdites escritures ou seings, parce qu'ils ont » vu celui de l'escriture, ou seing duquel est question, » escrire ou signer, et qu'il est escrit ou signé ainsi. »

Guenois, son commentateur, dit aussi, note *k* : « La » loi *Comparationes* et les authentiques suivantes, Cod. » *de fide instrument.*, sont en partie *abrogées* en France, » parce que, pour vérifier un seing ou écriture d'un » homme privé, nous recevons des témoins, et non la » seule comparaison. »

Guenois écrivait assez peu d'années avant l'ordonnance de 1667, qui a rendu plus commun l'usage de la vérification par comparaison d'écritures.

(3) Liv. 2, chap. 1, n°s 3 et 4. « Necesse habuit princeps omnia pacta testibus tantum probabilia rejicere. Si autem aliqua scriptura qualiscumque fuerit, jam adminiculata sit pactis, tametsi aliquibus testibus sit aliquando juvanda, princeps hanc probationem recepit, propter juris præsumptionem, quæ pro scriptura stare videtur, etc., etc. »

Boiceau ajoute, chap. 2, n° 1 : « Quod ad primum articulum : utrum scilicet appellatione cautionum privatarum, veniant omnia privata scripta? Certissimum est, quod sic, si modo ex eis nonnulla probatio elici possit. Itaque, cum chirographorum appellatione veniant omnia, quæ partium manu, vel scripta, vel subscripta... Omnes ejusmodi scripturas sub hac lege comprehensas esse non dubito, nulla specierum habita differentia. »

Boiceau termine par ce passage remarquable : « Maneat ergo hæc conclusio : Omnes cautiones privatas et manuscriptas probationem facere, si agnoscantur; et si denegentur, testium probationem ad confirmandam ejusmodi scripturam admitti. »

Ainsi, suivant Boiceau, les écritures privées forment une preuve, si elles sont reconnues; si elles sont déniées, elles forment un commencement de preuve qui fait admettre la preuve par témoins.

(4) Aussi Jousse, sur l'art. 3 du tit. 20 de l'ordonnance de 1667, définit le commencement de preuve par écrit précisément comme Boiceau : « Tout acte (ou écrit) d'où » il résulte quelque preuve, quoique non suffisante. » *Ex quo nonnulla probatio elici potest.*

Après le texte de l'ordonnance de Moulins si clairement expliqué par Boiceau, il est étonnant que son annotateur Danty, liv. 2, *Additions sur le chapitre* 1er, n° 13, et ailleurs, ait avancé que Boiceau, ni tous ceux qui ont traité cette matière (de la preuve testimoniale), n'ont rien dit du commencement de preuve par écrit, parce que l'ordonnance de Moulins n'en a point parlé précisément.

Non, sans doute, elle n'en a pas parlé sous le nom de *commencement de preuve par écrit*. Cette expression était alors inconnue, mais la chose y est clairement et précisément expliquée. Danty a donc été dupe des mots, comme il arrive trop souvent aux meilleurs esprits.

Il faut encore remarquer que ni Danty, ni les auteurs qui ont écrit depuis, n'ont considéré le commencement de preuve sous son vrai point de vue. Ils l'ont considéré comme une exception à la prohibition d'admettre la preuve testimoniale; c'est aussi ce qu'ont fait les rédacteurs du Code, tandis qu'il est évident que l'ordonnance de Moulins a laissé dans l'état où ils étaient auparavant

connue, et employée pour la première fois, ce nous semble, par l'ordonnance de 1667.

64. Ainsi, lorsqu'il existe des écritures privées quelconques de la main des parties, la preuve testimoniale n'est pas défendue suivant l'ordonnance de Moulins, qui n'a point voulu comprendre ces cas dans la prohibition de la recevoir au-dessus de 100 livres.

Mais pourquoi n'a-t-elle pas voulu les y comprendre? C'est encore ce que nous apprend Boiceau, avec brièveté, mais avec énergie et vérité : à cause de la présomption de droit qui existe en faveur de l'écriture, *propter juris præsumptionem quæ pro scriptura stare videtur.*

On n'a pu, comme nous l'avons dit, conférer aux actes privés l'éminente prérogative de l'authenticité, mais ils ont par leur nature le grand avantage de fixer ou de soulager la mémoire des témoins, de leur rappeler des détails, souvent fugitifs, de ce qui s'est passé en leur présence. On ne peut donc s'empêcher de les compter au moins pour *mémoires de témoins*, comme dit Bouteiller. Les erreurs de témoins, leurs variations et leurs contradictions, les faux témoignages enfin, sont alors moins à craindre dans des dépositions qui ne sont qu'accessoires à ce qui est déjà consigné par écrit : *in coadjuvationem scripturæ.* Il en résulte ce que les auteurs appellent une *preuve mixte*, beaucoup plus forte que la preuve testimoniale, dénuée du secours de l'écriture.

C'est donc encore avec raison et sagesse que la loi attache aux écritures privées, comme le dit fort bien Boiceau, une présomption de droit, une présomption de vérité, insuffisante pour former une preuve complète; suffisante néanmoins pour former une apparence de preuve qui produit deux effets remarquables :

L'un, d'obliger la personne à qui on l'oppose, si c'est à elle à qui l'écrit est attribué, d'avouer ou de désavouer formellement son écriture ou sa signature, sous peine de voir l'écrit donné pour reconnu, et d'être condamnée sans autre preuve, comme si elle l'avait reconnu. Son silence équivaut à un aveu. Il y a donc réellement une présomption légale de vérité en faveur de l'écrit, sans quoi le juge ne pourrait condamner; car il ne peut condamner sans preuve : ici la présomption légale en tient lieu.

L'autre effet, en cas que la signature ou l'écriture soit déniée, ou non reconnue par les héritiers et ayants cause de la personne à qui elle est attribuée, est d'autoriser celui qui fonde sa demande sur un acte privé à en faire la preuve ou la vérification par témoins, à quelque somme qu'elle se monte.

Il y a plus, s'il s'agit d'un billet souscrit par l'autre partie, ou par ses auteurs, il paraît que la loi ne permet pas aux juges d'en refuser (1) la vérification par témoins : « La vérification en est » ordonnée en justice, » dit l'art. 1324.

Je vous demande 10,000 francs que je vous ai prêtés en vertu d'un billet en bonne forme, au pied duquel on lit votre nom. Mais vous déniez l'écriture et la signature. L'écriture ne pouvant rien par elle seule, le magistrat reste sans motifs suffisants pour se décider, et pour asseoir un jugement de condamnation. J'affirme et vous niez, j'attaque et vous vous défendez. Toutes choses égales d'ailleurs entre vous et moi, vous devriez être absous : c'était à moi de prouver. On ne peut sans preuve vous supposer obligé et vous condamner.

Mais les choses ne sont point égales; vous vous bornez à une simple dénégation, et je soutiens ma demande et mon affirmation par la représentation d'un billet qui porte votre signature vraie ou fausse : si elle est fausse, je m'expose, en le produisant, à des peines très-sévères. Ce billet a donc au moins l'apparence de la vérité. J'offre d'y ajouter la preuve testimoniale, *in coadjuvationem scripturæ.* Comment refuser d'admettre cette preuve si ancienne et si nécessaire, dans un cas que la loi déclare ne point comprendre dans sa prohibition? Et comment ne pas voir un commencement de preuve dans un acte auquel il ne manque que la vérification pour former une preuve complète? Il y a donc une véritable contradiction à dire, avec Danty (2), que les écritures privées doivent être vérifiées avant de former un commencement de preuve (3), puisque après la vérification elles forment une

---

les cas où il y a commencement de preuve par écrit, en déclarant qu'ils n'étaient point compris dans la prohibition : *en quoi n'entendons exclure*, etc.

Cette méprise a souvent influé d'une manière fâcheuse sur la doctrine de ces auteurs.

(1) L'art. 195 du Code de procédure civile dit *pourra* être ordonnée, ce qui semble modifier la disposition impérative du Code civil. Il peut y avoir des cas où la vraisemblance de l'écrit présenté, surtout lorsqu'il est attribué à un tiers, comme le dit cet article, serait combattue par des circonstances si fortes qu'il serait dangereux d'en ordonner la vérification.

(2) Danty sur Boiceau, liv. 2, chap. 1, n° 1.

Voy. ce que nous avons dit t. 4 (VIII, éd. fr.), n° 216, où nous avons répondu à un arrêt rendu par la cour de cassation le 19 frimaire an XIV, avant la promulgation du Code.

(3) On prétend qu'il y a des inconvénients à prendre, avant qu'il soit vérifié, l'écrit privé pour un commencement de preuve. On peut fabriquer un faux écrit, pour le présenter comme un commencement de preuve, et le soutenir par des témoins subornés. C'est un abus possible, mais d'une exécution difficile. Outre la voie du faux, qui est toujours ouverte, quelles lois, même les plus sages et les plus nécessaires, ne donnent pas lieu à de plus grands abus? L'acte authentique fait foi contre celui au nom duquel il est passé, lors même qu'il ne l'a pas souscrit

Un voisin riche et puissant, un pair, un ministre si l'on veut, convoite la vigne de Naboth, située près la grille de son château ou de son palais, *juxta palatium Achab.* Mais Naboth, attaché à l'héritage de ses pères, refuse de le vendre, et le voisin n'a pas la puissance d'Achab pour faire lapider Naboth. Il est arrêté par la

preuve complète : elles font la même foi qu'un acte authentique.

Ce que nous venons de dire acquiert beaucoup plus de force, si l'acte sous seing privé n'étant ni écrit ni souscrit par vous, mais seulement par l'un de vos auteurs, vous vous bornez à déclarer que vous ne connaissez pas leur écriture. La raison d'ordonner la preuve testimoniale devient en ce cas plus pressante, puisque personne ne contredit la demande, et que le défendeur, seul intéressé à la contredire, se borne à déclarer qu'il est dans l'ignorance. Cette ignorance ne peut balancer la présomption de droit, *quæ pro scriptura stare videtur.* Le juge ne peut donc se dispenser d'admettre le demandeur à prouver supplétivement, par témoins et par tous genres de preuve, l'existence de la dette ou de la convention, et la vérité de l'écriture ou de la signature (1).

C'est donc par les motifs les plus sages que l'ordonnance de Moulins ne voulut point comprendre, dans la prohibition de recevoir la preuve testimoniale au-dessus de 100 francs, les cas où il existe des *écritures privées*, que nous avons appelées depuis des *commencements de preuve par écrit* (2).

65. Nous avons déjà observé que l'ordonnance de 1667 est la première loi qui ait employé cette expression. L'art. 3 du tit. 20 porte : « N'entendons exclure la preuve par témoins..., lors» qu'il y aura un commencement de preuve par » écrit (3). »

Ainsi cette loi, comme l'ordonnance de Moulins, a, non pas fait une exception à la prohibition de recevoir la preuve au-dessus de 100 livres, en faveur des cas où il y a un commencement de preuve par écrit, mais seulement déclaré que la prohibition ne s'étend point à ces cas, non plus qu'aux cas où il s'agit d'une valeur au-dessus de 100 livres, ce qui est très-différent; car l'exception suppose que la prohibition est générale, au lieu que la déclaration de ne point comprendre ces cas dans la prohibition suppose que l'admission de la preuve est de droit commun, et la prohibition elle-même une exception au droit commun. Voilà ce que ne paraissent point avoir vu la plupart des auteurs qui ont écrit sur la matière.

66. La disposition de l'ordonnance de 1667 est donc dans le même esprit que l'ordonnance de Moulins; cependant cette expression nouvelle de *commencement de preuve par écrit*, dont la signification n'était pas déterminée, paraissait avoir plus d'étendue que n'en avait la disposition de l'ordonnance de Moulins. Cette loi, pour ne pas comprendre, dans sa prohibition, les cas où il existait des écritures privées, exigeait qu'elles fussent écrites ou signées de la main des parties. L'art. 3, tit. 20, de l'ordonnance de 1667, ne l'exige point. Il exige seulement que le commencement de preuve soit *par écrit;* il semblait donc déroger à l'ordonnance de Moulins, et autoriser, par sa généralité, les commencements de preuve résultant de l'écriture d'un tiers; car l'écrit d'un tiers peut aussi, en certains cas, rendre vraisemblable le fait à prouver : par exemple, Caïus qui ne sait écrire ni signer peut faire signer un tiers à sa réquisition, un tel requis par Caïus. C'est ce que l'on appelait, en Bretagne, un prud'homme. Nous avons encore vu plusieurs exemples de ces actes privés, dans lesquels il était dit que Caïus ne sachant pas signer a fait intervenir Titius qui a signé pour lui. La signature portait : Titius pour Caïus, par lui requis. Cet acte pouvait-il former un commencement de preuve par écrit?

Les docteurs (4) soutenaient qu'on pouvait prouver par témoins que Caïus avait en effet donné à Titius l'ordre ou le mandat de signer pour lui. Cette opinion, insoutenable sous l'empire de l'ordonnance de Moulins, devenait très-probable sous l'ordonnance de 1667. Il est certain qu'elle n'avait rien de contraire au texte ou à la lettre de cette loi.

On avait encore prétendu, sous l'empire de la même ordonnance, et Danty (5) donnait même pour certain que toute écriture privée de l'un de ceux qui ont intérêt dans le fait qu'il s'agit de prouver est un commencement de preuve par écrit. Par exemple, la reconnaissance d'une dette de communauté, faite par la veuve dans le procès-

---

liberté de la presse qui révèle les injustices des grands et des petits. Il a recours à la ruse. Un notaire complaisant, qui achète un complice au prix de la protection de monseigneur, rédige un contrat de vente par lequel Naboth, le pauvre Naboth, qui ne sait pas même signer, se trouve irrévocablement, quoique à son insu, dépouillé de l'héritage de ses pères, en vertu du principe que la foi est due aux actes authentiques.

C'est un abus d'autant plus fâcheux qu'il est, en ce cas, presque impossible de réussir dans une accusation de faux. Est-ce un motif suffisant pour rejeter le principe de la foi due aux actes authentiques?

(1) *Sic* Rolland, v° *Commencement de preuve*, n° 23. *Contra* Boncenne, n° 223.

(2) *Contra* Dalloz, v° *Preuve testimoniale*, n° 137, et un arrêt de Bruxelles du 19 frimaire an XIV.

(3) D'après Anselmon, il ne résulte pas de l'article 19 de l'édit perpétuel de 1611, mais il est de droit que la preuve littérale insuffisante peut être corroborée et complétée par la preuve testimoniale. (Voyez *ad ed. perp.*, art. 19, §§ 6 et 7.)

(4) *Voy.* Thévenеau, sur l'art. 54 de l'ordonnance de Moulins, et Danty, n° 3 de l'*Addition au chap.* 1, liv. 2, du *Commentaire* de Boiceau.

(5) *Ubi supra.*

En matière d'état, lorsqu'il s'agit de prouver la filiation des enfants légitimes, « le commencement de preuve par » écrit résulte des titres de famille, des registres et pa» piers domestiques du père ou de la mère, des actes » publics et même privés, *émanés* d'une partie engagée » dans la contestation, ou qui y aurait intérêt si elle » était vivante. »

Mais cet article est particulier aux questions d'état, et on ne peut l'étendre à la preuve des conventions; il suffit, pour s'en convaincre, de le comparer à l'article 1347.

verbal d'inventaire, formait un commencement de preuve contre les héritiers du mari : la reconnaissance de l'un des héritiers du défunt contre les autres.

Pothier, n° 808 (1), s'était prononcé contre cette fausse doctrine. Il soutenait que l'écrit d'un tiers ne peut faire le commencement de preuve exigé par l'ordonnance, car ce tiers n'est considéré que comme un témoin, et ce qu'il a déclaré par écrit ne peut équivaloir qu'à une preuve testimoniale; il rejetait donc le commencement de preuve qu'on voudrait tirer contre les héritiers de la reconnaissance d'une veuve, ou de celle de l'un des cohéritiers.

Mais quelle que fût l'autorité de ce jurisconsulte célèbre, ce n'était qu'une opinion qu'on pouvait combattre et révoquer en doute.

67. L'art. 1347 du Code a fait cesser les incertitudes. Après avoir dit que la prohibition d'admettre la preuve testimoniale reçoit exception lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit, cet article ajoute : « On appelle ainsi » tout acte par écrit qui est *émané* de celui contre » lequel la demande est formée, ou de celui qu'il » *représente*, et qui rend vraisemblable le fait » allégué. »

Cet article ne dit point, comme Danty et quelques auteurs qui ont écrit sous l'ordonnance de 1667, que pour servir de commencement de preuve écrite, l'acte privé doit être de la main de celui auquel on l'oppose ; il dit, d'une manière plus générale, que l'*écrit* doit en être *émané*, ce qui est très-différent : car il y a des actes qui ne sont pas de la main de celui auquel on les oppose, et qui cependant en sont *émanés;* qui, par conséquent, font preuve contre lui des faits qu'on y trouve contenus: nous aurons l'occasion d'appliquer cette remarque.

Le Code ne dit point encore que l'écrit, émané de quelqu'un de ceux qui ont intérêt dans la contestation, peut servir de commencement de preuve. Il dit seulement que cet écrit doit être émané « de celui contre lequel la demande est » formée, ou de celui qu'il *représente*, » tels que ses auteurs, son mandataire : car le mandataire et le mandant sont regardés comme une seule et même personne, relativement à l'affaire dont le premier est chargé. Les actes qu'il fait, sans excéder les bornes de son mandat, peuvent être opposés au mandant; ils peuvent donc former contre lui un commencement de preuve, lorsqu'ils rendent le fait allégué vraisemblable. Par exemple, la quittance donnée par un mandataire, chargé de recevoir ou de recouvrer une créance, formerait une preuve complète de libération contre le mandant. Les écrits du mandataire, lettres et notes, etc., qui rendraient le payement vraisemblable, formeraient par conséquent un commencement de preuve, en vertu duquel le débiteur pourrait être autorisé à prouver le payement par témoins (2).

68. Mais pourquoi le Code exige-t-il que, pour servir de commencement de preuve, l'écrit soit émané de celui contre lequel la demande est formée, ou de celui qu'il représente? C'est qu'en général, et suivant les art. 1319 et 1322, les actes même authentiques, les actes sous seing privé reconnus, ou légalement tenus pour reconnus, ne font foi des faits qu'ils contiennent qu'entre les parties contractantes et leurs héritiers ou ayants cause. Ces actes étrangers à des tiers ne peuvent former une preuve contre eux; ils ne peuvent donc servir de commencement de preuve.

69. De là, on peut conclure, par analogie, que dans les cas où les actes, quoique non émanés de celui contre lequel la contestation est formée, sont de nature à pouvoir faire preuve contre lui, ils peuvent, à plus forte raison, servir de commencement de preuve. La conséquence est du plus au moins; elle est dans l'esprit du Code, et n'a rien de contraire à son texte : car, si l'art. 1347 dit qu'on appelle commencement de preuve tout écrit *émané de celui contre lequel la demande est formée*, cette disposition n'est point limitative (3). Il ne dit point qu'on ne pourra considérer comme un commencement de preuve aucun écrit, s'il n'est pas émané de celui contre qui la demande est formée; il dit seulement que tous les actes écrits qui en sont émanés sont appelés *des commencements de preuve écrite*, ce qui est bien différent.

70. Loin que le Code défende absolument, et dans tous les cas, de prendre pour commencement de preuve des écrits non émanés de celui contre lequel la demande est formée, on y trouve une disposition qui autorise, au moins par induction, à prendre les livres des marchands pour commencement de preuve par écrit, comme sous l'ancienne jurisprudence. Pothier (4), qui cependant enseignait que l'écrit d'un tiers ne peut faire le commencement de preuve par écrit, exigé par l'ordonnance de 1667, n'en exceptait

---

(1) Édit. Tarlier, t. 1, p. 244. Duranton, t. 7 (XIII, éd. fr.), n° 351. Dalloz, v° *Preuve testimoniale*, n° 123; Rolland, v° *Commencement de preuve par écrit*, n°s 6 et 7.

(2) Voyez-en un exemple dans l'espèce d'un arrêt rendu par la cour de Riom le 10 juin 1817; et Dalloz, *eod. verbo*, n° 127; Rolland, v° *Commencement de preuve par écrit*, n°s 8, 9 et 10; Duranton, t. 7 (XIII, éd. fr.), n° 343 *bis*.

Par arrêt du 21 mai 1825, la cour de Bruxelles a jugé que l'acte non émané de celui à qui on l'oppose, mais que celui-ci s'est approprié dans son intérêt, peut former contre lui un commencement de preuve par écrit. (*Pasicrisie belge* à cette date.

(3) Quand une disposition est-elle censée limitative? (*Voy.* ci-après, n° 302.)

(4) *Traité des Obligations*, n° 772. *Voy.* aussi Boiceau, part. 2, chap. 8; les *Additions* de Danty, et ce que nous avons dit t. 4 (VIII, éd. fr.), n°s 368 et 369.

pas moins les livres des marchands, et son opinion est confirmée par une induction nécessaire tirée de l'art. 1329, qui porte : « Les registres » des marchands ne font point, contre les per» sonnes non marchandes, preuves des fourni» tures qui y sont portées, *sauf ce qui sera dit* » *à l'égard du serment.* »

Cette dernière disposition apporte à la règle une limitation remarquable qu'il faut développer.

Ceux des docteurs qui accordaient le moins de force aux livres des marchands pensaient néanmoins que, si ces livres ne font point une preuve en leur faveur, ils peuvent, lorsqu'ils sont régulièrement tenus, former un commencement de preuve qu'on peut compléter par des présomptions. Ils fondaient leur opinion sur la loi 6, Cod. *de probat.*, 4, 19, qui ne veut pas que les registres domestiques d'une personne morte soient seuls suffisants pour faire preuve de ce qui lui est dû, *solas sufficere non posse.* On en concluait qu'ils peuvent suffire s'ils ne sont pas seuls.

Dumoulin appliqua cette doctrine aux livres des marchands, pourvu qu'ils fussent soutenus par d'autres présomptions. Par exemple, si le marchand ou banquier qui produit son livre est connu pour une personne loyale, qui a des sentiments libéraux, *quem vocamus liberalem aut legalem* (1). Si sa vie est sans reproches, il en résulte une grande présomption en faveur de l'exactitude de ses livres; cette présomption s'accroît en raison des autres circonstances favorables : si la somme demandée est modique, les fournitures vraisemblables, et proportionnées à la fortune et à la dépense accoutumée du défendeur; s'il a coutume d'acheter à crédit; Dumoulin pensait qu'alors le juge peut regarder les livres comme un commencement de preuve, et déférer le serment supplétoire au marchand demandeur, pour compléter la preuve.

Sa doctrine est adoptée par le Code qui, après avoir établi, dans l'art. 1329, la règle que les livres des marchands ne font point foi contre les personnes *non marchandes*, ajoute *sauf ce qui sera dit à l'égard du serment.*

Or l'art. 1367, auquel renvoie l'art. 1329, exige, pour permettre au juge de déférer le serment supplétoire au demandeur : 1° *que la demande ne soit pas pleinement justifiée;* 2° *qu'elle ne soit pas totalement dénuée de preuves.*

Du rapprochement de ces deux articles, il résulte que les livres d'un marchand font un commencement de preuve, qui, réuni à d'autres présomptions favorables, que la prudence du juge peut seule apprécier, l'autorise à déférer le serment supplétoire au marchand demandeur, et à plus forte raison à faire admettre la preuve testimoniale; pourvu toutefois que les livres soient régulièrement tenus, c'est-à-dire que le commerçant y ait observé toutes les formalités prescrites par le Code de commerce, art. 8 et suiv.

Or, si la loi permet expressément de déférer au marchand demandeur le serment supplétoire, à l'appui de ses livres, lorsqu'il existe, en leur faveur, vraisemblance et présomption de bonne foi, nous pouvons en conclure qu'elle permet implicitement, par une raison *a fortiori*, l'admission de la preuve testimoniale *in coadjuvationem scripturæ;* car, admettre le témoignage du demandeur ou son serment pour décision dans sa propre cause, c'est infiniment plus que de lui permettre d'invoquer le témoignage de personnes désintéressées, témoignage qui ne lie point les juges, et qui peut d'ailleurs être balancé par les témoins que le défendeur peut toujours faire entendre. En permettant le plus, la loi est toujours censée permettre le moins. *Non debet cui plus licet quod minus est non licere.* (L. 21, ff. *de reg. jur.*)

71. Le Code nous donne encore, dans les articles 1335 et 1336, des exemples d'écritures qui ne sont point émanées de celui contre lequel la demande est formée, ni de ses auteurs, et que cependant il permet de prendre pour commencement de preuve par écrit.

L'article 1335 est relatif aux copies des actes; il porte, n° 2 : « Les copies qui, sans l'autorité » du magistrat, ou sans le consentement des » parties, et depuis la délivrance des grosses ou » premières expéditions, auront été tirées sur » la minute de l'acte par le notaire qui l'a reçu, » ou par l'un de ses successeurs, ou par officiers » publics, qui, en cette qualité, sont dépositaires » des minutes, peuvent, en cas de perte de l'ori» ginal, faire foi quand elles sont anciennes.

» Elles sont considérées comme anciennes » quand elles ont plus de trente ans.

» Si elles ont moins de trente ans, elles ne » peuvent servir que de *commencement de preuve* » *par écrit.* »

Le n° 3 ajoute : « Lorsque les copies tirées » sur la minute d'un acte ne l'auront pas été » par le notaire qui l'a reçu, ou par un de ses » successeurs, ou par officiers publics, qui, en » cette qualité, sont dépositaires des minutes, » elles ne pourront servir, quelle que soit leur » ancienneté, que *de commencement de preuve* » *par écrit.* »

Les dispositions de cet article font naître beaucoup de questions sur le degré de preuve que peuvent former les copies d'actes ou de titres. Nous avons examiné ces questions avec assez d'étendue, tome 4 (VIII, éd. fr.), n°s 426 et suiv., où nous renvoyons le lecteur, pour éviter les répétitions.

L'article 1336 est relatif à la copie des actes transcrits sur le registre du conservateur des hypothèques; il porte : « La transcription d'un acte » sur les registres publics ne pourra servir que

(1) *Comment.* in lib. 4, Cod., tit. 1.

» de *commencement de preuve par écrit*, et il » faudra même pour cela :

» 1° Qu'il soit constant que toutes les minutes du notaire, de l'année dans laquelle » l'acte paraît avoir été fait, soient perdues, ou » que l'on prouve que la perte de la minute » de cet acte a été faite par un accident particulier;

» 2° Qu'il existe un répertoire en règle du » notaire, qui constate que l'acte a été fait à la » même date.

» Lorsqu'au moyen du concours de ces deux » circonstances, la preuve par témoins sera admise, il sera nécessaire que ceux qui ont été » témoins de l'acte, s'ils existent encore, soient » entendus. »

Nous avons déjà expliqué cet article, tome 4 (VIII, éd. fr.), n°s 467 et suiv., où nous renvoyons le lecteur. Nous y reviendrons, en expliquant la quatrième disposition de l'art 1348, qui porte : que la prohibition d'admettre la preuve testimoniale au-dessus d'une valeur de 150 fr., reçoit exception « au cas où le créancier a perdu le » titre qui lui servait de preuve littérale, par » suite d'un cas fortuit, etc. »

Les transcriptions des actes ont cela de commun avec les copies faites par un officier public, hors la présence des parties, qu'on ne peut les considérer comme émanées de celui contre lequel la demande est formée. Mais si, nonobstant cela, elles peuvent former contre lui, avec les conditions prescrites, un commencement de preuve écrite, est-il nécessaire, pour cet effet, que les actes copiés ou transcrits en soient émanés? Nous avons déjà remarqué, tome 4 (VIII, éd. fr.), n° 433, que les art. 1335 et 1336 n'exigent point cette condition. Ils ne distinguent point entre les personnes de qui sont censés émanés les actes copiés ou transcrits, et nous ne devons pas faire une distinction qui n'est pas dans la loi. Il suffit donc (mais aussi cette condition est indispensable) que les actes copiés ou transcrits soient de nature, si les originaux paraissaient, à être opposés à celui contre lequel la contestation est engagée.

72. L'article 1336 qui accorde, en certains cas, la force d'un commencement de preuve par écrit *à la transcription d'un acte sur les registres publics*, ne dit point quels sont les registres dont il entend parler. Il est évident que c'est de la transcription littérale faite en entier par le conservateur des hypothèques, dans l'arrondissement duquel les biens sont situés, transcription établie d'abord par la loi du 11 brumaire an VII, concernant le régime hypothécaire, comme une formalité nécessaire pour transférer la propriété des immeubles, et conservée par le Code, articles 2181 et suivants, mais seulement comme un moyen de purger les priviléges et hypothèques. C'est cette transcription qui peut servir de commencement de preuve par écrit, sous les conditions exigées par l'art. 1336 et par l'art. 2181, qui veulent que les actes soient transcrits en entier par le conservateur des hypothèques, *dans l'arrondissement duquel les biens sont situés*. C'est lui qui est compétent pour faire ces transcriptions; c'est sur ses registres seulement qu'elles doivent être faites; c'est donc lui seul qui peut leur conférer les effets qu'y attache la loi. Si la transcription était faite sur les registres d'un arrondissement, autre que celui où les biens sont situés, elle n'aurait l'effet ni de purger les hypothèques, ni de pouvoir servir de commencement de preuve écrite : la transcription suspecte, faite dans un arrondissement étranger, ne pouvant remplir le but de la loi, il est impossible d'y attacher les mêmes effets qu'à la transcription régulière et légale ; à plus forte raison, si la transcription était faite sur les registres publics, autres que ceux de la conservation des hypothèques, et destinés à d'autres usages.

Cependant Delvincourt a pensé que la transcription des actes sur d'autres registres publics quelconques doit avoir l'effet d'un commencement de preuve. Pour expliquer ces mots de l'article 1336, « la transcription sur les registres » publics, » il ajoute en note (1) : « tels que » ceux de l'*enregistrement*, de la conservation » des hypothèques, etc. »

Il nous semble que c'est une inadvertance manifeste; ce savant professeur sait mieux que personne qu'on ne transcrit point les actes, c'est-à-dire, qu'on ne les copie pas en entier sur les registres de l'*enregistrement*. Ces registres ne contiennent qu'une énonciation sommaire de la nature de l'acte, afin d'en constater la date. Or le titre du paragraphe où est placé l'art. 1336 nous avertit qu'il ne s'agit, dans ce paragraphe, que des *copies* de titres ou actes.

Quant à l'*et cætera*, qui paraît indiquer que, dans l'opinion de l'auteur, la transcription des actes sur des registres publics quelconques peut servir de commencement de preuve par écrit, il est impossible d'admettre une interprétation aussi étendue de l'art. 1336, dont les dispositions sont tirées de Pothier, n° 738, qui ne parlait que du registre des insinuations anciennes, auxquelles sont, en certains points, comparables les transcriptions sur les registres de la conservation des hypothèques.

Cependant l'autorité de Delvincourt a déjà entraîné Duranton (2) dans la même erreur, du moins quant à l'enregistrement des actes. Cet auteur pense que l'enregistrement d'un acte peut

(1) *Voyez* tome 2 de son *Cours du Code civil*, p. 830, note 7, de la 3e édition imprimée en 1819; et Duranton, tome 7 (XIII, édition française), n° 345 ; Rolland, v° *Commencement de preuve par écrit*, n° 15.

(2) *Traité des Contrats et des Obligations en général*, t. 4, n° 1333.

être admis pour commencement de preuve par écrit; mais ses propres raisonnements suffisent pour le réfuter. Il pose en principe que, lorsqu'une pièce n'est pas de la main de celui à qui on l'oppose, ou de son auteur, il faut, pour qu'elle puisse servir de commencement de preuve par écrit, qu'une disposition de la loi le déclare. Il convient ensuite que l'article 1336 ne parle que de la *transcription* sur les registres du conservateur, et non du simple *enregistrement*. Il ajoute que ces deux modes étant si différents, l'un étant la copie littérale de l'acte, l'autre n'en étant qu'une énonciation très-succincte, la raison qui a pu faire admettre le premier comme pouvant servir de commencement de preuve par écrit, n'est pas la même pour l'autre.

La conséquence naturelle et nécessaire de ces prémisses, est que le simple enregistrement d'un acte ne peut servir de commencement de preuve par écrit.

Cependant, l'auteur finit par conclure qu'on peut admettre l'enregistrement des actes pour commencement de preuve écrite sans *inconvénients sérieux*, parce que, selon lui, cet enregistrement rend le fait allégué plus vraisemblable qu'une simple copie tirée par tout autre que l'officier compétent.

La loi en a jugé autrement, et nous devons nous y tenir. Un arrêt qui admettrait le simple *enregistrement* d'un acte pour commencement de preuve écrite échapperait difficilement à la censure (1).

75. L'acte de vente consenti *a non domino* peut former un commencement de preuve contre l'ancien propriétaire. L'acquéreur de bonne foi peut le lui opposer pour opérer la prescription de dix ou vingt ans; si cet acte est sous seing privé, il n'en prouve pas moins contre ce dernier *rem ipsam*, c'est-à-dire la réalité de la vente. Mais il ne peut suffire seul pour établir que la prescription est acquise; car il faut deux choses pour l'opérer : 1° un titre valable; 2° une possession continuée pendant dix ou vingt ans. L'existence du titre est prouvée par la représentation de l'acte; mais outre que sa date n'est pas assurée contre un tiers, s'il n'a pas été enregistré (art. 1328), la durée de la possession n'est pas prouvée : car il est possible qu'elle ne remonte pas à la date du titre; mais ce titre forme un commencement de preuve écrite, qui autorise l'acquéreur à prouver par témoins l'époque précise de son contrat, et le fait de sa possession continuée depuis dix ou vingt ans. On l'a toujours ainsi jugé sous l'ancienne jurisprudence. *V.* ce que nous avons dit tome 4 (VIII, éd. fr.), n°s 240 à 246, à la note, et n° 432 (2).

Si la vente faite *a non domino* était authentique, le contrat suffirait seul pour faire preuve, tant du fait de la vente que de la date de la possession de l'acquéreur, laquelle serait censée re-

(1) *Voir* l'opinion modifiée de Troplong, *Cours de droit français*, t. 15, n° 344. *Voir* aussi, dans le sens de Toullier, Metz, 9 mars 1833.

(2) Mais pourquoi le contrat de vente, consenti *a non domino*, fait-il foi contre l'ancien propriétaire et peut-il lui être opposé? Pourquoi la règle si raisonnable : *Res inter alios acta tertio non nocet*, cesse-t-elle en ce cas d'avoir son application? Nous n'avons point expliqué ce *pourquoi* tome 4 (VIII, éd. fr.), n°s 148 et 149, où nous nous sommes borné à exposer l'opinion de Dumoulin et de Pothier, qui n'ont point eux-mêmes donné la raison première sur laquelle repose leur doctrine. En un mot, quelle est la raison *a priori* qui a déterminé les jurisconsultes romains, dont nous suivons la doctrine, à décider qu'un contrat passé entre des tiers peut avoir la force de dépouiller l'ancien propriétaire?

Cette raison se trouve dans la juste faveur dont jouit encore la possession depuis l'établissement de l'état civil, dans la prérogative qu'elle y conserve de faire présumer le possesseur propriétaire, jusqu'à la preuve du contraire. Avant l'état civil, la propriété n'était point séparée de la possession, s'acquérait par elle et se perdait avec elle, comme nous l'avons vu tome 2. Les lois civiles créèrent le droit abstrait, que nous appelons *propriété*; elles en firent un être incorporel, séparé de la possession, et qu'on peut concevoir sans la possession; mais elles n'ont point ôté à la possession la prérogative de faire au moins présumer propriétaire celui qui possède : c'est une présomption fondée sur la nature des choses, et confirmée par les lois civiles; elle est si forte, qu'elle milite même contre celui auquel appartient le droit de propriété. Tout possesseur annal a le droit de dire : Je possède, donc je suis propriétaire; je ne puis être évincé qu'en vertu d'une preuve contraire, bien claire et bien positive : en attendant, je continuerai de posséder.

Si la possession est fondée sur un titre, la force légale de la présomption augmente avec le temps, et finit par l'emporter sur le droit abstrait de l'ancien propriétaire. La loi ne lui accorde pour le faire valoir que dix ans s'il est présent, vingt ans s'il est absent; après ce temps écoulé, il ne peut plus se prévaloir de ses titres, quels qu'ils soient, contre le possesseur, qui peut lui répondre : Vos titres me sont étrangers; ils sont à mon égard *res inter alios acta*. J'ai aussi, moi, un titre de propriété; mais j'ai de plus que vous une possession paisible, continue et fondée sur mon titre. Vous n'en avez aucune : je dois donc être préféré. Ainsi le veulent la raison et la loi : *in pari causa possessor potior haberi debet*. (L. 128, ff. *de reg. jur.*) Cette règle, suspendue pendant dix ou vingt ans en faveur de votre ancien droit de propriété, reprend, après ce temps, toute sa force en faveur de l'intérêt public et de l'intérêt particulier, qui ne permettent pas de laisser plus longtemps la propriété incertaine, ni les familles exposées à de vieilles recherches.

La force de la possession continuant d'aller en augmentant avec le temps, elle finit, si elle a duré trente années, par dispenser le possesseur de représenter son titre. Il peut dire alors : Je suis propriétaire parce que j'ai possédé pendant trente ans. Vos titres, quels qu'ils soient, ne peuvent m'être opposés. Quant au mien, c'est le plus ancien, le plus naturel, le plus respectable de tous les titres : ma possession. Oserez-vous la nier? je la prouverai par témoins : c'est un fait sur lequel ils ne peuvent se tromper. Exigez-vous un commencement de preuve? je n'en ai pas besoin, parce qu'il ne s'agit que d'un fait continu dont je n'ai pu me procurer une preuve littérale. Enfin, j'ai en ma faveur le plus fort de tous les commencements de preuve, ma possession, qui forme un titre de propriété écrit dans la loi même.

Telle est la véritable théorie de la matière.

monter à l'époque indiquée par le contrat, jusqu'à la preuve du contraire.

Si l'original et la première grosse n'existaient plus, la copie ou la transcription qui en aurait été faite pourrait, sous les conditions exigées par les articles 1335 et 1336, former un commencement de preuve écrite, quoique l'original perdu ne fût émané ni de l'ancien propriétaire, ni de ses auteurs. V. tome 4 (VIII, éd. fr.), n°s 451 et suiv.

74. Après les écrits qui peuvent servir de commencement de preuve écrite, quoique non émanés de celui contre lequel la demande est formée ou de ses auteurs, il reste à parler de ceux qui en sont émanés. Ceux-ci, ce qui peut d'abord paraître étrange, font naître plus de questions et de difficultés que ceux-là. La raison en est que les écrits non émanés du défendeur ou de ses auteurs, et qui néanmoins peuvent servir de commencement de preuve, sont presque tous particulièrement indiqués par la loi, laquelle prescrit même quelquefois les conditions nécessaires pour leur conférer cette prérogative, tandis que ceux qui en sont émanés, si on en excepte un petit nombre, ne sont indiqués par elle que d'une manière vague et indéfinie. L'article 1347 admet indéfiniment tous ceux qui *peuvent rendre vraisemblable le fait allégué*. Le nombre de ces écrits est donc indéfini : car comment donner une énumération complète des écrits qui peuvent rendre le fait vraisemblable?

75. Il paraît aussi bien difficile, pour ne rien dire de plus, de ranger en classes régulières, séparées par des caractères distincts et auxquels on puisse s'en rapporter, les différentes espèces de commencement de preuve écrite qui peuvent se présenter. On peut cependant en faire certaines divisions générales pour soulager la mémoire, pour guider l'esprit dans ses recherches, et mettre un peu d'ordre dans l'examen successif qu'il est utile de faire de ceux d'entre les écrits qui méritent des explications particulières, à raison des difficultés qu'on a élevées, ou qu'on peut encore élever à leur sujet.

76. Entre les écrits émanés du défendeur, et qui peuvent servir de commencement de preuve, on distingue, 1° ceux auxquels, pour former une preuve complète, il ne manque que la reconnaissance de l'écriture ou de la signature, tels que sont les actes privés, revêtus de toutes les formes prescrites par la loi.

77. 2° Ceux dont l'écriture n'est pas déniée ou méconnue, et qui contiennent précisément le fait allégué avec les énonciations nécessaires pour le constater, mais auxquels néanmoins la loi désire qu'il soit ajouté quelque chose de plus, pour former une preuve complète, tels que les billets non entièrement écrits de la main de celui qui les a souscrits, lorsqu'il n'a pas approuvé la somme en toutes lettres; les actes synallagmatiques, où *l'on n'a point ajouté qu'ils ont été faits doubles*, et qui n'ont pas eu de commencement d'exécution; les promesses de vente suivies de tradition.

On peut encore ranger dans cette classe les actes nuls ou imparfaits, les actes prescrits, les énonciations étrangères à la disposition des actes. (Art. 1320.)

78. 3° Ceux qui, sans parler précisément du fait allégué, ou n'en parlant que par énonciation (art. 1320), parlent d'un fait analogue, duquel on peut conclure, par induction, que le fait allégué est au moins vraisemblable. Cette classe très-nombreuse contient les lettres missives, etc. Il paraît que ce sont les écrits de cette nature qu'a eu principalement en vue l'art. 1347.

79. 4° Ceux qui ne sont pas signés, mais seulement écrits par celui contre lequel la demande est formée, ou par ses auteurs (1).

80. Les écrits de la première classe, ceux qui ne manquent d'aucune des formes prescrites par la loi, ne nous occuperont pas longtemps après ce que nous avons déjà dit, n°s 61 et 62. Nous avons vu que l'écriture, quelle qu'elle soit, ne prouve rien par elle-même; et si, par de hautes considérations d'intérêt public, la loi civile a fait à cet égard une exception en faveur des écritures authentiques, qui font foi par elles-mêmes, elle n'a point accordé la même prérogative aux écritures privées, quoique souscrites par les parties. Nous avons vu que ces écritures ne formaient, ni en droit romain, ni en droit français, une preuve complète, une *pleine preuve*, dit Bouteillier. Il fallait nécessairement y ajouter la preuve testimoniale, *in coadjuvationem scripturæ*, d'où résultait une preuve mixte, beaucoup plus forte que la simple preuve testimoniale dénuée du secours de l'écriture.

Nous avons ajouté que l'ordonnance de Moulins n'avait rien innové sur ce point; qu'elle avait au contraire confirmé l'ancien droit, et déclaré expressément qu'en défendant de recevoir la preuve testimoniale des conventions au-dessus de 100 francs, elle n'entendait point comprendre dans cette prohibition la preuve des conventions *faites sous seing et écritures privés*. Les actes sous seing privé continuèrent donc de ne former, comme auparavant, qu'un commencement de preuve qu'il fallait compléter par la preuve testimoniale.

Cet ancien droit, aussi confirmé par l'ordonnance de 1667, l'a été de nouveau par le Code, qui ne semble même pas permettre aux juges de refuser la preuve testimoniale des conventions consignées dans des écritures privées : *la vérification en sera ordonnée* (2), dit l'article 1324, parce qu'en effet, dans ce cas, la vraisemblance de la présomption, fondée sur un

(1) *Sic* rejet, 5 décembre 1818.

(2) Tant par titres que *par témoins*, dit l'art. 195 du Code de procédure.

pareil écrit, est tellement forte qu'elle nécessite un approfondissement ultérieur, que la loi ne permet point aux juges de négliger. Il est même permis, en ce cas, de compléter la preuve par d'autres présomptions. La preuve testimoniale n'est point indispensablement nécessaire. (Arg., art. 1353.)

81. Les écrits de la seconde classe font naître une foule de questions qui exigent plus d'explication. On demande d'abord si le billet sous seing privé, souscrit mais non écrit de la main du débiteur, et au pied duquel il n'a pas approuvé la somme en toutes lettres, suivant le vœu de l'article 1326, peut former un commencement de preuve, suffisant pour autoriser le créancier à dissiper, par la preuve testimoniale, le soupçon de surprise que peut faire naître le défaut d'approbation de la somme contenue dans le billet.

Nous l'avons dit ailleurs (1), et nous le répétons avec une pleine et entière conviction, il ne nous paraît pas possible d'en douter, en ne suivant que le bon sens, la raison et les dispositions du Code. L'article 1347 n'exige que deux conditions pour qu'un écrit puisse former un commencement de preuve : l'une qu'il soit émané du débiteur ou de son auteur, l'autre qu'il rende *vraisemblable* le fait allégué. Or, quel homme jouissant de son bon sens et de sa raison oserait soutenir qu'un billet de 3,000 francs, souscrit mais non entièrement écrit par un homme éclairé, qui n'en méconnaît pas la signature, par un premier président, par exemple, ne rend pas même *vraisemblable* que la somme qu'il s'oblige de rendre lui a été comptée, parce que le corps du billet est de la main du secrétaire, tandis que le billet souscrit seulement mais non écrit par le dernier de ses valets, formera une preuve complète contre le signataire?

Jamais le plus intrépide chicaneur, Rollet lui-même, n'eût osé élever des doutes sur cette question, si quelques arrêts n'avaient pas brouillé les idées, en confondant les dispositions injustes d'une loi de circonstance, donnée en 1733, avec les sages dispositions de l'article 1326, qui sont toutes différentes : c'est cette malheureuse confusion qui a obscurci une question si claire par elle-même.

Après les malheurs de la régence, les escrocs et les faussaires s'étaient multipliés à l'excès; ils s'étaient procuré, par artifice ou autrement, des signatures vraies de plusieurs personnes; ils avaient trouvé l'art d'enlever les écritures qui étaient au-dessus, pour y substituer des billets ou promesses, ou bien lorsqu'il se trouvait du blanc entre l'écriture et la signature, ils coupaient le papier pour écrire sur le blanc qui restait au-dessus de la signature (2). La déclaration de 1733 crut prévenir ces faux et en tarir la source, en déclarant *nuls et de nul effet et valeur* les billets qui ne seraient pas écrits, ou du moins dont la somme ne serait pas approuvée *en toutes lettres* de la main de celui qui les avait souscrits, lequel néanmoins était tenu d'affirmer, sous la religion du serment, *qu'il n'en avait point reçu la valeur* (3).

Et comme le législateur reconnut l'impossibilité d'assujettir les actes nécessaires pour le commerce, ou faits par des gens occupés aux arts et métiers et à la culture des terres, il excepta de la rigueur de la loi les billets faits par les *banquiers, négociants, marchands, manufacturiers, artisans, fermiers, laboureurs, et autres de pareille qualité.*

Les lois n'étant point alors soumises à une discussion publique, le législateur ne fut point averti des vices nombreux de sa nouvelle loi, contraire à tous les principes (4), et qui avait les grands inconvénients, 1° de ne protéger que la classe des citoyens instruits, et non la classe la plus nombreuse de la société, la plus facile à surprendre, celle, en un mot, qui a le plus besoin de protection; 2° de ne point remplir son but, même à l'égard de ce qu'elle a eu l'intention de protéger, puisqu'on peut, au lieu d'un billet, écrire au-dessus de la signature surprise un mandat d'emprunter ou de vendre, etc.; 3° de favoriser la mauvaise foi et de devenir un piége pour les hommes simples; 4° enfin, de multiplier à l'infini le nombre des procès.

L'expérience démontra ces vices, et la raison, dont l'empire finit toujours par l'emporter sur les mauvaises lois, fit sentir la nécessité d'adoucir la rigueur de la déclaration de 1733, et les parlements se permirent de s'en écarter quand les circonstances détruisaient la présomption de surprise. Voici comme s'expriment à cet égard deux jurisconsultes célèbres, qui écrivaient au commencement de la révolution, Camus et Bayard, dans la *Nouvelle Collection de jurisprudence,* tome III, page 531 :

---

(1) T. 4 (VIII, éd. fr.), nos 289 et 293.

(2) *Voy.* le préambule de la déclaration de 1733.

(3) Pourquoi cette disposition ne se trouve-t-elle point dans l'article 1326? Sans doute parce que le Code n'a point voulu interdire au créancier la faculté de prouver que le billet n'a point été surpris, et que la somme a été réellement comptée, ce qu'il ne pourrait faire si le débiteur était admis à jurer qu'il n'a pas reçu la somme. La loi de 1733 déclarait nul le billet; elle exigeait seulement que le débiteur jurât qu'il n'en avait point reçu la valeur. Elle ne réservait point la preuve contraire au créancier.

Le Code, au contraire, ne déclare point le billet nul; il dit seulement qu'il est insuffisant pour faire une preuve complète, ce qui laisse au créancier la faculté de compléter la preuve, sauf au débiteur à prouver qu'il a été surpris. Ainsi le Code a eu la sagesse de réserver les droits respectifs.

(4) *Voy.* t. 4 (VIII, éd. fr.), nos 273 et suiv.

« Au surplus, comme ce n'est que pour em-
» pêcher les surprises que la loi exige cette
» opération (celle de la somme en toutes lettres),
» si les circonstances étaient telles qu'on ne
» pût présumer de la surprise de la part du
» porteur du billet, celui qui l'a signé serait
» condamné à payer. »

Ces auteurs se fondent sur un arrêt du 30 juillet 1748. On sait que ce recueil, l'un des meilleurs qui existent, est une des sources où les rédacteurs du Code ont souvent puisé.

Avertis par l'expérience, et guidés par l'opinion publique, nos sages législateurs ont voulu, sur ce point bannir de la nouvelle législation les vices de l'ancienne. La possibilité, le soupçon même qu'un escroc ou un faussaire ait surpris la signature mise au pied d'un billet non écrit de la main du débiteur, ne suffisent certainement point aux yeux de la raison pour déclarer nuls tous les billets pareils faits de bonne foi, et sans surprise ni supercherie.

Le Code s'est donc bien gardé de répéter la nullité prononcée par la déclaration de 1733 contre les billets dénués de la formalité extrinsèque de l'approbation de la somme.

Mais, comme l'observation de cette formalité peut prévenir une surprise; comme son omission peut la faciliter et en fortifier le soupçon, l'art. 1326 a voulu conserver la formalité de l'approbation de la somme en toutes lettres, non plus comme entraînant, en cas d'omission, la nullité du billet; non plus comme suffisante pour faire, sans autre éclaircissement, déférer le serment judiciaire au débiteur, mais comme nécessaire pour conférer au billet la prérogative de faire pleine foi, lorsqu'il est reconnu ou légalement tenu pour tel.

Pour être convaincu que tel est l'esprit du Code, il suffit d'en lire les textes sans prévention, et d'observer la série de ses dispositions. L'art. 1326 est placé dans la section qui traite *de la preuve littérale*. Le paragraphe Ier traite de la preuve qui résulte *des actes authentiques;* le paragraphe 2, de celle qui résulte *de l'acte sous seing privé*. Voici la série de ces dispositions :

L'acte sous seing privé ne fait point preuve par lui-même, mais il oblige celui auquel on l'oppose d'avouer ou de désavouer son écriture ou sa signature, et de déclarer s'il reconnaît celle de son auteur.

S'il la reconnaît, l'acte fait contre lui, ses héritiers ou ayants cause, la même foi que l'acte authentique.

S'il garde le silence, s'il ne se présente pas pour avouer ou désavouer son écriture, pour déclarer s'il reconnaît ou non celle de son auteur, l'acte est tenu pour reconnu (art. 194 du Code de procédure) (1), et fait contre lui la même preuve que l'acte authentique.

Mais pour produire ces effets, « le billet, dit
» l'art. 1326, ou la promesse sous seing privé,
» par lequel une seule partie s'engage envers
» l'autre à lui payer une somme d'argent ou une
» chose appréciable, doit être écrit en entier de
» la main de celui qui le souscrit; ou du moins,
» il faut qu'outre sa signature, il ait écrit un *bon*
» ou un *approuvé* portant en toutes lettres la
» somme et la quantité de la chose (2). »

Si ce billet n'est pas entièrement écrit de la main du signataire, ou si la somme n'a pas été approuvée en toutes lettres, doit-il être déclaré nul, comme le voulait la déclaration de 1733?

Non, certes; car l'art. 1326 ne le dit point, et cette déclaration est abrogée par l'art. 7 de la loi du 30 ventôse an XII.

Mais du moins, le signataire du billet peut-il se faire absoudre, ou renvoyer hors d'assignation, en offrant d'affirmer par serment qu'il n'a pas reçu la valeur du billet, comme le lui ordonnait la déclaration de 1733?

C'est encore ce que ne porte point l'art. 1326, qui n'a pas répété cette disposition de la déclaration, et en ne la répétant point, il l'a rejetée, puisque, encore une fois, cette loi est expressément abrogée par l'art. 7 de la loi du 30 ventôse an XII. Le magistrat ne peut donc, sans excès de pouvoir, exhumer une loi abrogée pour y chercher une nullité que n'a point prononcée le Code, ni une disposition qu'il a rejetée en ne l'adoptant pas.

Mais enfin, dira-t-on, si le billet non écrit et non approuvé du signataire n'est pas nul; si le signataire ne peut se faire renvoyer hors d'assignation sous son serment, en offrant de jurer qu'il n'en a pas reçu la valeur, quelle sera donc la force du billet, et l'effet de l'art. 1326, qui porte qu'il faut que ce billet soit entièrement écrit, ou au moins approuvé du signataire?

Son effet, comme nous l'avons déjà dit, est d'empêcher le billet de faire preuve complète, comme le ferait un billet écrit et approuvé du signataire qui ne désavoue pas sa signature.

Vous me présentez un billet de 30,000 francs, au pied duquel se trouve ma signature. Je puis vous répondre pour toute défense, sans désavouer ma signature, que ce billet n'est pas de ma main, que je n'en ai point approuvé la somme, et qu'il ne fait point preuve contre moi; et sur cette seule défense, sans que je vous accuse d'aucune surprise, d'aucune supercherie, le magistrat ne pourra me condamner; il me condamnerait sans

(1) La pièce est *admise au procès*, dit fort improprement le Code belge. (*Voy.* t. 4.)

(2) Cette disposition est textuellement reproduite, sans changement ni addition; il n'y a de supprimé que le § 2 de l'art. 1326. (*Voy.* t. 4. Le Code belge ne prononce non plus de nullité. Les art. 1319 et suiv., cités ci après, sont restés les mêmes.

preuve, il violerait la disposition de l'art. 1326. Si j'ajoutais que je n'ai point reçu la valeur du billet, qu'il m'a été surpris, je ne serais point obligé de le prouver.

Si le billet était de ma main, ou si j'en avais approuvé la somme, j'alléguerais inutilement que je n'en ai point reçu la valeur, que ma signature a été surprise, etc.; il faudrait payer, ou prouver le dol et la supercherie, si toutefois j'étais dans le cas d'en faire la preuve.

Voilà donc une différence très-grande et très-remarquable, établie par le Code entre le billet écrit ou approuvé de la main du signataire, et celui qui ne l'est pas.

Le premier fait une preuve complète, si l'écriture n'est pas contestée, sauf au débiteur, s'il y a lieu, à prouver le dol ou la surprise.

Le second ne fait point preuve par lui seul, lors même que la signature en est avouée ou non contestée, sans que le débiteur soit tenu de prouver la surprise ou le dol, sans qu'il se plaigne de n'en avoir pas reçu la valeur.

Mais le billet existe, et la loi s'est bien gardée d'en prononcer la nullité. Le créancier pourra donc s'en servir comme d'un commencement de preuve, pour être admis à prouver par témoins que le billet n'a pas été surpris, et que le signataire en a reçu la valeur. Il faudrait, pour en douter, rayer du Code l'art. 1347. On appelle commencement de preuve, dit-il, tout écrit qui rend vraisemblable le fait allégué; or, qui peut, sans renoncer au bon sens et à la raison, soutenir sérieusement qu'un billet souscrit par un homme éclairé ne rend pas même vraisemblable que la somme qu'il s'oblige de payer lui ait été comptée, tandis que s'il était commerçant, ou né dans la classe utile mais peu instruite des artisans, des manouvriers, etc., le même billet formerait contre lui-même une preuve complète et irréfragable? En un mot, *tout écrit* émané du débiteur, et qui rend vraisemblable le fait allégué, forme un commencement de preuve. Le Code n'a point excepté, il n'a pas dû excepter le billet non écrit par le signataire. Cet écrit, dont il ne désavoue pas la signature, forme donc contre lui un des plus forts commencements de preuve que l'on puisse imaginer. Voilà ce qu'a voulu l'art. 1326, en se bornant à refuser à ce billet la prérogative de faire une preuve complète. Cet article forme donc un droit nouveau infiniment plus sage, infiniment plus raisonnable que la déclaration de 1733, qui est abrogée et qu'on ne doit plus invoquer.

82. Mais il faut ici répondre à une objection qu'on peut tirer de la combinaison des art. 1326 et 1352, objection qui, bien examinée, se tourne en preuve en faveur de notre opinion. On peut dire que le premier de ces articles refuse au billet non écrit par le signataire la prérogative de faire preuve, quoique la signature n'en soit pas déniée. Il établit donc contre le billet une *présomption légale* de surprise sur le fondement de laquelle il lui ôte la force probante qu'ont les autres actes sous seing privé dont l'écriture est reconnue.

Or, suivant l'art. 1352, nulle preuve n'est admise contre la *présomption de la loi*, lorsque, sur le fondement de cette présomption, elle annule certains actes, ou dénie l'action en justice, à moins *qu'elle n'ait réservé la preuve contraire.*

Donc, le créancier ne peut demander à prouver, contre la présomption de la loi, que celui qui a signé un billet non écrit de sa main n'a pas été surpris, et qu'il en a reçu la valeur, puisque la loi n'a point réservé cette preuve au créancier.

Pour répondre à ce raisonnement, il suffit de rappeler ici les principes du Code sur les présomptions. On en distinguait autrefois trois espèces : la présomption dite *juris et de jure*, parce que la preuve contraire n'étant pas admissible, elle établissait le droit;

La présomption dite simplement *juris*, de droit, aussi établie par la loi, qui dispense, à la vérité, de toute preuve celui au profit duquel elle existe, mais qui n'exclut pas la preuve contraire;

Enfin, les présomptions qui ne sont point établies par la loi, et qu'elle abandonne aux lumières et à la prudence des juges.

Mais comment distinguer les présomptions *juris et de jure*, dont la preuve contraire n'était pas admissible, des simples présomptions de droit, *præsumptiones juris*, qui, en dispensant de la preuve celui en faveur duquel elles existent, ne lui défendent point de prouver le contraire? Comment, en un mot, tracer des règles sûres pour connaître quand on pouvait admettre la preuve contraire, contre une présomption de droit? Le Code a fait, par des dispositions simples et raisonnables, cesser en ce point les longues controverses des docteurs, qui ne pouvaient s'accorder.

Toute présomption est la conséquence qu'on tire d'un fait connu et certain, pour parvenir à la connaissance d'un fait incertain; cette conséquence est tirée par la loi elle-même, ou par le magistrat. (Art. 1349.)

« La présomption légale est celle qui est attachée par une loi spéciale à certains actes ou à » certains faits (art. 1350). » C'est la présomption expressément établie par la loi, et non pas celle qu'on voudrait établir par induction, en tirant une conséquence de la disposition de la loi; une pareille présomption dégénérerait en présomption de l'homme; je présume que la loi a voulu présumer.

L'effet commun de toutes les présomptions légales est de dispenser de toute preuve celui en faveur de qui elles existent. (Art. 1352.)

Mais le dispenser de la preuve, ce n'est pas interdire à la partie adverse la faculté de se défendre, en donnant une *preuve* contraire à la présomption. La défense est de droit naturel;

l'empêcher serait une injustice. La loi ne peut donc le faire sans des considérations supérieures d'intérêt public, comme dans le cas de la présomption qui déclare le mari père de l'enfant. Encore la loi permet-elle, en certains cas, au mari, de détruire la présomption par une preuve contraire; car il est dans la nature des présomptions de céder à la preuve. Il n'est pas même nécessaire que la loi réserve la preuve : il suffit qu'elle ne l'ait pas défendue.

C'est aussi ce qu'enseigne le tribun Jaubert, dans son rapport (1) : « Lorsque le Code, dit-il, » se borne simplement à établir une présomp- » tion, la preuve contraire peut être admise, » *quoique la loi ne la réserve pas*, parce qu'il *est* » dans la *nature des présomptions qu'elles cèdent* » *à la preuve.*

» Mais si la loi, en établissant une présomp- » tion, a déclaré que cette présomption suffisait » pour que certains actes fussent annulés, ou si, » sur le fondement de cette présomption, elle » dénie l'action en justice, alors nulle preuve » n'est admise, à moins que la loi n'ait réservé » la preuve contraire. »

C'est par une règle aussi simple et aussi juste, dit de Préameneu (2), qu'on fait cesser les longues controverses sur les caractères distinctifs des présomptions de droit. Appliquons cette règle à notre article 1326.

A-t-il établi une présomption légale contre les billets non écrits par le signataire, et dont la somme n'est pas approuvée?

On peut le nier, puisqu'il se borne à dire que le billet *doit être entièrement écrit de la main de celui qui le souscrit, ou, du moins, qu'il faut, outre sa signature, qu'il ait approuvé la somme en toutes lettres.* Cette formalité est établie, comme nous l'avons dit précédemment, pour que le billet fasse la même foi que l'acte authentique (art. 1322), lorsque la signature en est reconnue, ou légalement tenue pour telle.

Mais cet article a-t-il prononcé une peine contre l'inobservation de la formalité du *bon*, ou de l'*approuvé* de la somme? Aucune, si ce n'est l'insuffisance du billet pour faire preuve, quoique la signature n'en soit pas contestée, et cette insuffisance n'est pas une peine.

Pourquoi le législateur a-t-il exigé cette formalité? Sans doute parce qu'il est possible que le billet dont la somme n'est point approuvée ait été écrit au-dessus d'un blanc seing, ou que le signataire l'ait souscrit de confiance, sans le lire, et croyant signer toute autre chose. Le *bon* ou l'*approuvé* de la somme en toutes lettres fait disparaître le soupçon que peut faire naître cette possibilité. Si l'on veut appeler ce soupçon une *présomption légale*, soit : supposons donc que l'art. 1326 ait établi, contre le billet dont la somme n'est pas approuvée, une présomption de surprise; cette présomption est-elle du nombre de celles qui excluent la preuve contraire? Non certainement, puisque le Code ne l'a point jugée *assez forte*, comme le dit de Préameneu, *pour prononcer d'une manière absolue la nullité de l'acte ou la dénégation de l'action* (3).

Il en résulte donc, pour emprunter les expressions de Jaubert, que « la preuve con- » traire peut être admise quoique la loi ne la » réserve pas, parce qu'il est dans la na- » ture des présomptions qu'elles cèdent à la » preuve. »

Ainsi, loin de présenter une objection contre notre opinion, la disposition de l'art. 1352 nous en fournit la preuve la plus complète : il est désormais *démontré* (4) que, dans le cas de l'article 1326, c'est-à-dire lorsque la somme n'est point approuvée, il est permis de prouver que le billet n'a point été surpris et que la somme a réellement été comptée.

Si la signature du billet dont la somme n'est pas approuvée par le signataire, était désavouée ou seulement méconnue, le créancier pourrait en demander la vérification tant par titres que par experts et par témoins, conformément à l'art. 195 du Code de procédure. L'art. 1326 du Code civil ne contient rien de contraire; et, dans ce cas, la déposition des témoins respectifs ferait connaître si le billet a été surpris ou donné en connaissance de cause (5).

83. Duranton (6) prétend réduire l'acte dans lequel la cause de l'obligation n'est point exprimée, à un simple commencement de preuve écrite qui autorise le créancier à prouver par témoins que l'obligation a une cause (7).

Cette opinion singulière, qui, si elle était suivie, s'appliquerait aux actes authentiques aussi bien qu'aux actes sous seing privé, nous a paru tellement contraire au texte de la loi et à

---

(1) *Exposé des motifs.* (*Voy.* Locré, *Législation civile et commerciale.*)

(2) *Ibid.*

(3) L'article 1965 nous donne l'exemple de la manière dont le Code prononce la *dénégation de l'action*. Il porte : « La loi n'accorde *aucune action* pour une dette de jeu » ou pour le payement d'un pari. »

(4) La démonstration nous paraît désormais telle, que nous croyons inutile de répéter ici ce que nous avons dit t. 4 (VIII, éd. fr.), nos 291 et 292, pour combattre un arrêt que rendit la cour royale de Paris le 5 décembre 1816, par une confusion évidente des dispositions de la déclaration de 1733 avec celles du Code ; arrêt d'ailleurs rempli d'erreurs de droit manifestes, contraires à d'autres arrêts rendus dans les vrais principes, notamment à celui de la cour de Turin du 20 avril 1808. L'arrêt de la cour de Paris est aussi fortement combattu par Duranton, t. 4, nos 1282 et 1283. Il pense, comme nous, no 1283, que le billet dont la somme n'est pas approuvée en toutes lettres forme un commencement de preuve écrite.

(5) Voy. *contra* Solon, *des Preuves*, no 142.

(6) *Traité des Contrats*, t. 1, no 307.

(7) *Voy.* Merlin, *Répertoire*, vo *Double écrit* ; Dalloz, vo *Preuve testimoniale*, no 165. *Contra* Duranton, t. 7 (XIII, éd. fr.), no 164 ; Solon, nos 142 et suivants.

l'esprit du Code, que nous avons cru devoir l'examiner.

L'art. 1131, dit l'auteur, porte que l'obligation sans cause est nulle... A la vérité, l'art. 1132 ajoute que l'obligation n'en est pas moins valable, quoique la cause ne soit pas exprimée dans l'acte.

Mais, poursuit Duranton, c'est le créancier qui argumente de cette disposition : *c'est donc à lui de prouver que l'obligation a une cause.*

Cette conséquence est une première erreur manifeste. Oui, sans doute, c'est le créancier qui argumente *de la disposition de la loi;* mais, loin d'en conclure que c'est à lui de prouver que l'obligation a une cause, il faut en conclure, au contraire, qu'il n'est tenu à aucune preuve. Par un principe incontestable en jurisprudence, celui qui a en sa faveur une *disposition ou une présomption de la loi, est dispensé de toute preuve* (art. 1352). Le créancier qui présente un acte que la loi déclare valable, quoique la cause de l'obligation n'y soit pas exprimée, est donc dispensé de toute autre preuve.

Mais, ajoute Duranton, « on ne peut dire que » l'obligation est présumée avoir une cause, » lorsque cette cause n'est pas exprimée..., » puisque la loi pose en principe que l'obligation sans cause est nulle, ce qui signifie, selon » nous (ce sont ses expressions), *que l'obligation » est nulle si la cause n'en est point exprimée.* »

L'auteur aurait parfaitement raison, si telle était, en effet, la *signification* de l'art. 1131; mais c'est précisément pour qu'on ne lui donne pas cette *signification* que l'art. 1132 ajoute de suite : « *La convention n'est pas moins valable » quoique la cause n'en soit pas exprimée.* »

Après un texte aussi formel, il ne restait, pour soutenir l'opinion de Duranton, que de donner à l'art. 1131 une signification absolument opposée à celle que lui donne le Code. *Selon nous*, dit l'auteur, l'art. 1131 *signifie que l'obligation est nulle, si la cause n'en est pas exprimée.*

Au contraire, cet article signifie, selon l'article 1132, qui en détermine le sens, que la convention *n'est pas moins valable, quoique la cause n'en soit pas exprimée.*

Le lecteur aura donc à choisir entre le sens qu'a donné l'auteur à l'art. 1131, et celui qu'y donne le Code dans l'art. 1132.

Pour soutenir son opinion, Duranton prétend que c'est au créancier de prouver que l'obligation a une cause, parce que le débiteur ne peut prouver une négative.

Supposons, dit-il, que, sans rien devoir à Paul, je m'oblige volontairement et sans erreur de lui payer quelque chose, sans exprimer la cause. Cette obligation n'est qu'une pure libéralité, qui n'est pas valable, parce qu'elle ne réunit pas les conditions requises pour valoir comme donation. Or, si je soutiens que cette obligation est nulle par le défaut de cause, on me réduit à l'impossible, en me réduisant à prouver que l'obligation n'a point de cause.

Il y a ici deux erreurs à noter. La première consiste à dire que le billet où je me suis obligé, par pure libéralité, de donner par exemple 1,000 fr. à Paul, est nul, parce qu'il ne contient point les conditions requises pour les actes de donation. Il est aujourd'hui incontestable que les donations déguisées sous la forme d'un autre contrat sont valides, quoique l'acte ne contienne pas les formalités exigées pour les actes de donation. La jurisprudence, trop longtemps incertaine sur ce point, est enfin fixée par plusieurs arrêts de la cour de cassation, que nous avons indiqués tome 2 (IV, éd. fr.), n° 474, et tome 3 (V, éd. fr.), n°s 172 et 174. On tient aujourd'hui pour maxime que les donations faites sous la forme d'un autre contrat sont valides, lorsqu'elles ne sont pas frauduleuses; et qu'elles sont seulement réductibles, en cas qu'elles excèdent la portion disponible.

Cette jurisprudence est raisonnable et dans l'esprit du Code.

La remise d'une dette est une véritable donation; cependant, personne ne doute qu'elle soit valable, quoiqu'elle ne soit pas revêtue de la forme exigée pour les actes de donation. Elle peut être faite par une quittance simulée, et n'en est pas moins valable. Si la donation sous la forme d'une quittance est valable, pourquoi ne le serait-elle pas sous la forme d'un billet, d'une vente, etc.? Enfin, la jurisprudence est fixée sur ce point.

La seconde erreur consiste en ce que Duranton affirme que celui qui se borne à nier est dispensé de la preuve, parce qu'on ne prouve point une négative. Nous croyons avoir prouvé, tome 4 (VIII, éd. fr.), n°s 17 et 18, que celui qui fonde une demande ou une exception sur une négative, doit la prouver. Si la preuve est difficile dans le cas où le débiteur n'a point exprimé la cause de son obligation, ce n'est qu'à lui seul qu'il peut imputer cette difficulté (1).

84. Nous avons dit ailleurs (2) que l'acte synallagmatique, où l'on a oublié de référer qu'il a été fait double, peut néanmoins former un commencement de preuve par écrit. Cette opinion, soutenue aussi par Delvincourt, est combattue par Duranton, et ses raisons méritent un sérieux examen (3).

Nous ne répéterons point ici ce que nous avons dit tome 4 (VIII, éd. fr.) sur la doctrine des doubles; mais avant d'examiner les raisons

---

(1) Merlin, *Répertoire*, v° *Double écrit*, Dalloz, *loc. cit.*, n° 165. *Contra* Solon, *des Preuves*, n° 142. Duranton, t. 7 (XIII, éd. fr.), n° 164.

(2) T. 4 (VIII, éd. fr.), n° 322.

(3) *Voy.* dans le sens de Toullier, Bordeaux, 3 mars 1826; Bruxelles, 2 août 1837 (*Jur. de B.*, 1837, p. 334).

de Duranton, il est bon d'examiner les points de cette doctrine sur lesquels nous sommes d'accord.

1° Comme nous, Duranton pense que l'acte synallagmatique non fait double, ou dans lequel on n'a pas fait mention qu'il a été fait double, n'est pas nul, parce qu'en effet la loi n'en a point prononcé la nullité. L'auteur le qualifie seulement d'irrégulier (1), et le regarde, par cette raison, comme insuffisant pour faire *pleine preuve*, *pleine foi* de la convention (page 269). Il pense que le Code a voulu que cet acte ne fût *par lui-même obligatoire* qu'autant qu'il fournirait à chacune des parties le pouvoir de contraindre l'autre à l'exécuter (page 279), mais qu'il fait pleine preuve aux yeux de la raison (page 281); qu'ainsi, celui qui l'a souscrit *aurait tort de soutenir que son obligation est nulle, parce que l'acte n'est pas régulier;* qu'il a seulement raison de dire que cet acte ne la constate pas, et qu'il ne peut servir en aucune façon de moyen pour l'établir; mais que l'autre partie peut lui déférer le serment sur l'existence de la convention.

2° Duranton enseigne, comme nous, que l'acte n'est point de l'essence de la convention, qu'il n'en est que la preuve ou l'une des *preuves*, sur lesquelles on peut l'établir (n°s 1280 et suiv.); que cette convention n'en est pas moins valide, quoique, dans son système, il ne regarde pas comme une preuve, ni comme un commencement de preuve, l'acte synallagmatique non fait double, qui ne donne pas aux deux parties obligées les mêmes moyens de forcer l'autre à l'exécuter, attendu que l'esprit de l'art. 1325 exige absolument cette égalité de position entre elles.

3° L'auteur enseigne, comme nous, que la doctrine des doubles est hérissée de difficultés, et qu'il eût été plus sage de laisser de côté cette doctrine abstruse, inconnue dans le droit romain, et au moyen de laquelle les parties tournent souvent dans un cercle, en s'opposant mutuellement leur mauvaise foi.

Un savant magistrat (Nicod), qui a eu souvent la bonté de nous envoyer d'excellents avis, pense aussi que la disposition de l'art. 1325 est contraire au droit naturel et aux vrais principes du droit.

Nous insistons sur ce point déjà démontré tome 4 (VIII, éd. fr.), n°s 310 et suivants, non pour en induire qu'il ne faut pas observer cet article, car la loi civile peut introduire des formalités inconnues au droit naturel, mais pour en conclure qu'il faut restreindre les dispositions de cet article dans les strictes bornes de son texte, sans les étendre par des conséquences qui n'y sont point nécessairement renfermées.

(1) *Traité des Contrats*, t. 4, n° 1279; sommaire du n° 1285, et en plusieurs autres endroits.

Quod contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias. L. 14, ff. *de legibus.* Bacon, *de Justitia universali*, aphor. XI.

Ainsi, d'accord sur les principes avec Duranton, nous n'en différons que sur un seul point. L'acte non fait double peut-il, comme nous le pensons, servir de commencement de preuve écrite? Divisons d'abord la question pour la résoudre plus sûrement. On peut, en effet, demander à prouver :

1° La réalité ou l'existence de la convention, qui, suivant la première disposition de l'art. 1324, n'est point valablement prouvée par l'acte irrégulier non fait double;

2° Que l'acte a été fait double, quoique la mention en ait été omise.

Examinons d'abord cette seconde question :

Après avoir dit que les actes synallagmatiques doivent être faits en autant d'originaux qu'il y a de parties, l'art. 1325 ajoute : « Chaque original doit contenir la mention du nombre des » originaux qui en ont été faits. »

Cette disposition, dit fort bien Duranton (n° 1243), a pour objet d'empêcher que l'une des parties ne supprime son double pour en conclure que l'acte a été fait simple, qu'il est, par conséquent, irrégulier et sans force probante. Si donc l'original représenté ne porte pas la mention qu'il a été fait double, il est censé qu'il a été fait simple. C'est une présomption de la loi.

Oui, sans doute; mais la preuve contraire à cette présomption peut-elle être reçue? Telle est la véritable question.

Or, l'affirmative n'est pas douteuse, d'après la disposition de l'art. 1352, qui, comme nous l'avons dit *supra*, n° 82, a fait cesser, par une disposition simple et raisonnable, les longues controverses sur la manière de distinguer les présomptions dites *juris et de jure*, dont la preuve contraire n'est point admise, des simples présomptions de droit, *juris non de jure*, qui, en dispensant de la preuve celui en faveur duquel elles existent, permettent néanmoins à l'autre partie la preuve contraire.

Voilà la règle, en effet très-simple, établie par l'art. 1352, et telle qu'elle est expliquée par l'orateur du gouvernement et par le tribun Jaubert, ci dessus cités.

Si la loi, en établissant une présomption, l'a trouvée assez forte pour annuler les actes, ou pour dénier l'action en justice, alors nulle preuve n'est admise, à moins que la loi n'ait réservé la preuve contraire.

Si, au contraire, la loi n'a pas cru la présomption assez forte pour prononcer *d'une manière absolue*, selon l'expression de l'orateur du gouvernement, la nullité de l'acte ou la dénégation de l'action, la preuve contraire peut être admise, *quoique la loi ne la réserve pas*, parce que, dit fort bien le tribun Jaubert, *il est dans la nature des présomptions qu'elles cèdent à la preuve.*

Or, l'art. 1325 n'a point prononcé la nullité de l'acte synallagmatique, lorsque chaque original ne contient point la mention qu'il a été fait double : il n'a point également prononcé la dénégation de l'action; l'omission de cette mention rend seulement l'acte *irrégulier*, comme l'enseigne Duranton, et incapable de faire preuve *par lui-même*.

Concluons donc, avec assurance, que la preuve contraire à la présomption légale qu'il a été fait simple, peut être reçue, quoiqu'elle ne soit pas réservée.

La grande et presque l'unique raison de Duranton pour nier que l'acte non fait double puisse servir de commencement de preuve, ne peut même s'appliquer au cas que nous venons d'examiner. Chacune des deux parties, lorsque l'acte a été fait double, quoiqu'il n'en soit pas fait mention, se trouve dans une position parfaitement égale; chacune d'elles, si l'autre supprime son double, a en sa puissance une pièce, qui peut lui servir de commencement de preuve par écrit, pour faire accueillir la preuve testimoniale.

Prenons donc pour certain que, d'après la disposition de l'article 1352, et même d'après la conséquence nécessaire du raisonnement de Duranton, la présomption légale, établie par l'art. 1325, que l'acte est censé n'avoir pas été fait double lorsque la mention n'en a point été faite dans chaque original, n'empêche point de recevoir la preuve contraire, suivant *la nature des présomptions qui cèdent à la preuve*.

En est-il de même du cas où l'acte n'ayant point réellement été fait double, le demandeur offre seulement de prouver l'existence et la réalité de la convention ?

Non, selon Duranton (page 279) : 1° parce que la preuve testimoniale, ne pouvant rien ajouter à ce qui est contenu dans l'acte, *puisqu'il fait même pleine preuve aux yeux de la raison* (page 281), ne saurait elle-même avoir plus de force.

La faiblesse de ce raisonnement est sensible, et Duranton nous fournit lui-même des armes pour le réfuter (1). Il soutient ailleurs, et avec raison, que le billet non écrit de la main du signataire, et dont il n'a pas approuvé la somme en toutes lettres, forme un commencement de preuve en faveur du créancier. Cependant on peut en dire ce que dit Duranton de l'acte synallagmatique non fait double; la preuve testimoniale ne peut rien ajouter à la teneur du billet, puisqu'il fait même *pleine preuve* non-seulement aux yeux de la raison, mais même aux yeux de la justice et de la loi, dans les tribunaux de commerce, et même dans les tribunaux civils, lorsqu'il est signé de la main d'un artisan, d'un laboureur, d'un fermier, et autres personnes de même qualité.

Cependant, dans les autres cas, ce même billet peut servir de commencement de preuve pour faire admettre la preuve testimoniale, *in coadjuvationem scripturæ*, afin de dissiper tout soupçon de surprise. Quoique cette preuve ne puisse rien ajouter à la teneur du billet, elle lui donne la force que la loi lui refusait; il en naît cette preuve mixte, disent les auteurs, qui résulte de la réunion de deux genres de preuves, lesquelles se prêtent une force mutuelle. L'écrit dissipe le soupçon d'infidélité et de corruption contre les témoins, et les témoins détruisent le soupçon de surprise, que pourrait faire naître le défaut d'approbation de la somme contenue dans le billet. Ces deux preuves, ainsi réunies, forment l'une des plus fortes preuves qu'on puisse désirer en jurisprudence. Il en est de même, lorsque la preuve testimoniale est réunie à l'acte synallagmatique qui n'a pas été fait double.

Mais, dit Duranton, page 279 (c'est sa seconde raison pour combattre l'admission de la preuve), on a voulu que l'acte ne fût obligatoire *par lui-même* (notez ceci) qu'autant qu'il fournirait à chacune des parties le moyen ou le pouvoir de contraindre l'autre à l'exécution de l'engagement. Or ce but est manqué dès que l'égalité de position n'existe plus entre les parties, dès que l'une a un moyen qui n'est pas en la puissance de l'autre, savoir : une pièce qui peut lui servir de commencement de preuve par écrit, susceptible de faire accueillir la preuve testimoniale (page 279).

« Ainsi, ce n'est point, ajoute-t-il (page 281),
» parce que l'acte n'a pas la force d'un commen-
» cement de preuve par écrit, que nous le re-
» jetons, puisqu'il fait même pleine preuve aux
» yeux de la raison..., mais c'est parce que
» l'autre partie n'avait pas à sa disposition un
» pareil moyen, et que la loi actuelle veut éga-
» lité de position entre ceux qui forment des
» conventions synallagmatiques. »

Oui, la loi désire cette égalité de position, et c'est pour cela qu'elle veut que les actes synallagmatiques soient faits en double, afin de prévenir la mauvaise foi de celui qui voudrait supprimer le seul original dont il est saisi : mais sous quelle peine la loi veut-elle que les actes synallagmatiques soient faits en double ? Sous

(1) Nous croyons devoir faire observer que les doctrines de Duranton, réfutées ici par Toullier, ne sont pas toujours contraires à celles postérieurement enseignées par le même auteur, dans son excellent *Cours de droit français*. On ne doit donc considérer comme définitivement admises par lui que celles qu'il a maintenues dans ce dernier ouvrage, et, tout en rendant hommage à la lumineuse discussion à laquelle se livre Toullier, ne pas admettre sans réserve tous ses arguments contre Duranton, dont le *Traité des Contrats*, objet des critiques de Toullier, remonte à près de vingt ans.

peine de n'être point obligatoires par eux-mêmes. C'est, comme le dit fort bien l'auteur, afin que l'acte soit obligatoire *par lui-même*, afin qu'il puisse former une preuve complète de la convention.

Mais la loi n'a point prononcé la nullité de la convention ou de l'obligation, lorsque l'acte n'est point fait double; elle n'a même prononcé ni la nullité *absolue* de l'acte destiné à lui servir de preuve, ni la *dénégation de l'action en justice*. Seulement, en ce cas, l'acte est *irrégulier* et insuffisant pour constater la convention, seul et *par lui-même*. La loi permet donc, puisqu'elle ne l'a pas défendu (en prononçant la nullité de l'acte ou la dénégation de l'action), d'ajouter à l'insuffisance de la preuve par une autre preuve, qui rende à l'acte la force qu'il n'avait point par lui-même.

Duranton en convient, sans y songer, puisqu'il admet la délation du serment au soutien de l'acte qui n'a pas été fait double. En effet, il enseigne, n° 148, que dans les cas où la loi établit une présomption *juris et de jure*, contre laquelle la preuve contraire n'est point admise, *le serment ne peut même pas être déféré*, et il a raison. Donc l'art. 1325 n'établit pas une présomption *juris et de jure*, mais seulement une présomption *juris non de jure*, une simple présomption légale contre laquelle la preuve contraire est admise.

Il est vrai qu'il prétend que, dans le cas de la délation du serment, l'égalité de position est *toujours parfaite*, puisque chacune des parties peut déférer ou référer le serment : mais en cela il se trompe; la position des parties n'est point du tout égale, comme l'a fort bien remarqué un magistrat dont j'ai déjà parlé; par exemple, lorsqu'un acte de vente n'a pas été fait double, l'acquéreur, saisi du seul original qui existe, a en main une pièce signée, écrite peut-être par le vendeur, au moyen de laquelle celui-ci, s'il osait prêter le serment, serait ignominieusement convaincu de parjure, tandis qu'en supprimant la pièce, l'acquéreur peut impunément se parjurer, braver l'opinion publique, et peut-être même la rendre incertaine sur le jugement qu'elle doit porter. Ainsi, dans ce cas, on ne trouve point cette égalité parfaite de position, exigée par Duranton sur les moyens respectifs de prouver la vente.

Mais cette égalité parfaite dans les moyens de prouver une vente, ou autre convention synallagmatique, loin d'être exigée en droit, soit par les lois romaines, soit par le Code, n'est pas même exigée dans le lien de la convention. Nous l'avons prouvé tome 5 (VI, éd. fr.), n° 100, par des textes précis; par l'exemple des contrats passés par le mineur sans l'autorité de son tuteur; par les exemples de la vente résoluble, *si emptori displicuerit*, du contrat de louage résoluble par la seule volonté d'une des parties, du contrat de réméré ou de rachat, etc.

Or, si l'inégalité dans le lien même de la convention ne la rend pas nulle, comment l'inégalité dans les moyens de la prouver aurait-elle plus d'effet? Si le Code exige que l'acte synallagmatique soit fait double, ce n'est que pour lui conférer la force de constater *par lui-même* la convention, comme l'enseigne fort bien Duranton, qui reconnaît encore que cette doctrine des doubles est contraire aux principes du droit. D'où nous concluons, avec quelque assurance, que le texte qui l'a introduite doit être rigoureusement restreint au cas pour lequel il l'établit, et qu'on n'en peut tirer des conséquences pour l'étendre à un cas dont ce même texte ne parle point : *Quod contra juris rationem receptum est, non est producendum ad consequentias.*

Duranton convient que l'art. 1325 est établi pour ôter à l'acte non fait double la force de constater par lui-même la convention. On ne peut donc étendre son texte pour en conclure que le Code exige l'égalité de position des deux parties, à l'égard des autres preuves, ou accessoires ou supplétives, par lesquelles on peut prouver la convention.

Aussi n'est-ce pas sur le texte, mais sur l'esprit du Code, qu'il se fonde. Son raisonnement, pour soutenir que l'acte non fait double ne peut servir de commencement de preuve, se réduit à celui-ci :

L'art. 1325 veut que l'acte synallagmatique soit fait double, afin que chaque partie puisse prouver la convention d'une manière parfaitement égale, et, faute d'être fait double, cet acte ne peut la constater lui-même; donc il ne peut servir de commencement de preuve pour faciliter l'admission de la preuve testimoniale, parce qu'alors l'autre partie n'ayant pas le même moyen de la faire admettre, leur position ne serait point parfaitement égale.

Je nie la conséquence qui n'est point contenue dans les prémisses; car, de ce que le législateur a voulu que l'acte fût fait double, sous peine de ne pas faire preuve seul et par lui-même, il ne s'ensuit nullement qu'il ait voulu que ce même acte ne pût servir de commencement de preuve. On ne trouve nulle part que l'écrit qui peut former un commencement de preuve doive se trouver également au pouvoir des deux parties. Au contraire, nous trouvons dans le Code des dispositions qui donnent la force d'un commencement de preuve à des écrits qui ne sont au pouvoir que de l'une des parties. Telle est la copie d'un acte que l'une des parties fait tirer sans le consentement de l'autre, et qui n'en sert pas moins de commencement de preuve, suivant l'art. 1335, n°s 2 et 3, quoique la partie à laquelle on l'oppose n'ait pas une pareille pièce en son pouvoir. Telle est encore une lettre missive qui peut, sans aucun doute, former un commencement de preuve.

Vous prétendez qu'au défaut du texte de la loi, l'*esprit* du législateur est que le commence-

ment de preuve écrite soit également au pouvoir des deux parties, quand il s'agit de convention synallagmatique; votre prétention est contraire aux dispositions du Code, et c'est votre esprit que vous mettez à la place de celui du législateur, en étendant au delà de son espèce précise un texte contraire aux principes du droit. Le législateur fait connaître sa volonté et son esprit par le rapprochement des art. 1325 et 1352. Le premier ne prononce d'une manière absolue contre l'acte non fait double ni la nullité, ni la dénégation de l'action en justice; et le second permet la preuve contre la disposition ou la présomption de la loi lorsqu'elle n'a prononcé ni la nullité de l'acte, ni la dénégation en justice.

Ce raisonnement, qui nous paraît décisif, suffit pour répondre au savant magistrat dont nous avons déjà parlé, et qui reconnaît aussi que l'art. 1325 est contraire aux règles du droit; qu'il serait même *absurde* de dire que l'acte ne mérite pas la confiance de la justice, parce que le mot *double* y a été omis; mais la loi civile, ajoute ce magistrat, peut exiger des formalités inconnues à la loi naturelle, et en statuant que l'acte non fait double n'est pas valable, le législateur a voulu *punir* celui qui aurait voulu se ménager la faculté de demander l'exécution de la convention, ou de la refuser, en faisant disparaître ou en retenant la minute unique de l'acte.

Soit. Le législateur a voulu le punir; mais comment le punit-il? En refusant à l'acte la force de faire par lui-même une preuve complète.

A-t-il ajouté que cet acte ne pourrait former un commencement de preuve? A-t-il dénié l'action en justice? Non. Il n'a donc point défendu la preuve contraire à la disposition qui refuse à l'acte irrégulier la force d'une preuve complète. En refusant à cet acte le pouvoir de former un commencement de preuve écrite, vous tirez, d'un texte contraire aux principes du droit, une conséquence qui n'est point contenue dans ce même texte.

85. Au contraire, en donnant à l'acte irrégulier la force d'un commencement de preuve, vous rentrez dans les principes du droit commun, et la section du Code, qui traite de la preuve résultant des actes sous seing privé, présente une série de principes cohérents auxquels la raison applaudit.

1° Les écritures privées n'ont aucune force probante par elles-mêmes.

2° Si elles sont reconnues ou légalement tenues pour telles, elles font la même foi que l'acte authentique.

3° Si elles contiennent des conventions synallagmatiques, il faut, de plus, que l'acte soit fait double, pour donner à chaque partie une égale facilité de prouver la convention.

4° S'il n'est pas fait double, quoique l'écriture n'en soit pas déniée, il n'a point de force probante par lui-même, et la loi présume qu'il n'a pas été fait double, s'il n'en a pas été fait mention.

5° Mais il n'est pas défendu d'y joindre la preuve testimoniale, pour le corroborer, ou pour prouver qu'il a été fait double.

6° S'il s'agit d'un billet non écrit par le signataire, il faut, pour faire preuve, que la somme en soit approuvée, autrement le billet est présumé surpris.

7° Mais il est permis d'y joindre la preuve testimoniale, pour dissiper le soupçon de surprise.

Au reste, la vérité naît du choc des opinions. C'est au lecteur à peser nos raisons et celles de Duranton.

86. Il étend les conséquences de ses principes à d'autres questions agitées par les auteurs : celle, par exemple, de savoir si un acte nul pour défaut de forme, pour incompétence ou incapacité de l'officier public, peut servir de commencement de preuve écrite. La négative est certaine, s'il n'est pas signé des parties; car l'officier public, incompétent ou qui n'a pas observé les formes prescrites par la loi, ne peut être considéré que comme une personne privée, et son acte que comme l'attestation d'un témoin. Pothier, n° 809 (1).

87. Nul doute, au contraire, que cet acte ne formât, soit un commencement de preuve écrite, soit même une preuve complète, s'il était signé des deux parties. Dans notre législation actuelle, cet acte vaut comme écriture privée, s'il a été signé des parties. L'article 1318 a, sur ce point, consacré l'opinion de Boiceau, part. 2, chap. 4, et de Pothier, n° 699. La nullité de l'acte comme authentique ne saurait préjudicier à la vérité de la signature privée, lorsqu'elle est reconnue ou tenue pour telle.

Nul doute encore qu'il ne formât une preuve, ou un commencement de preuve, si c'était un acte unilatéral, signé de la partie qui s'oblige; une preuve complète, s'il contenait une obligation de la part du signataire; un commencement de preuve, s'il contenait un fait qui rendît cette obligation vraisemblable; un commencement de preuve encore, si l'acte signé du débiteur contenait un simple billet, dont la somme ne serait pas approuvée en toutes lettres, comme l'exige l'art. 1326. Le notaire et les témoins instrumentaires pourraient être appelés en témoignage; nouvelle preuve de la nécessité de la présence de ces derniers à la rédaction de l'acte.

Si c'était un acte synallagmatique, signé seulement de l'une des parties, l'autre ne sachant signer, Duranton, par suite de l'opinion que nous venons d'examiner, n° 84, prétend qu'il ne pourrait valoir de commencement de preuve contre le signataire, parce que celui-ci ne pouvant le faire servir au même titre contre le non-signa-

(1) Édit. Tarlier, t. 1, p. 244.

taire, « *ce serait*, dit l'auteur, n° 1411, *blesser* » *l'esprit de l'art.* 1325, *qui veut une égalité par-* » *faite dans la position des parties.* »

Nous persistons à croire, et nous croyons avoir prouvé que tel n'est point l'esprit de l'art. 1325, dont la disposition, contraire au droit commun, ainsi que l'auteur en convient, doit être restreinte à son cas précis, sans pouvoir être, par induction, par une conséquence qui n'est point contenue dans le texte, étendue à d'autres cas différents.

88. L'art. 1325 veut que l'acte synallagmatique soit fait double pour faire une preuve complète de la convention; donc *a pari*, aucun écrit ne peut servir à l'une des parties de commencement de preuve d'une convention synallagmatique, s'il n'en peut également servir à l'autre, s'il n'en peut servir qu'à une seule. Tel est le raisonnement de l'auteur; et, pour suivre jusqu'au bout l'argument *a pari*, il faut dire : Si l'écrit peut être supprimé par l'une des parties, il ne peut lui servir de commencement de preuve.

Ces inductions ne sont pas plus dans l'esprit que dans le texte de l'article 1325, qui ne s'est point occupé des conditions nécessaires pour former un commencement de preuve. D'ailleurs, ces inductions sont contraires au texte et à l'esprit de l'article 1347, qui traite des conditions nécessaires pour former un commencement de preuve écrite. Il appelle ainsi *tout acte par écrit émané de celui contre lequel la demande est formée, et qui rend vraisemblable le fait allégué.*

Telles sont les seules conditions exigées par le Code; pour qu'un écrit puisse former un commencement de preuve, il ne faut pas qu'il soit émané des deux parties, ni qu'il soit également au pouvoir de chaque partie. On ne peut donc exiger d'autres conditions, à moins qu'on ne veuille soutenir que la disposition de l'art. 1347 n'est pas générale, et qu'elle ne s'applique point aux conventions synallagmatiques, mais seulement aux conventions unilatérales : ce qui nous paraît insoutenable.

89. Il s'est élevé dans les tribunaux une question qui doit être résolue par ces mêmes principes. Elle consiste à savoir si la clause d'un bail à ferme sous seing privé, écrite sur un seul des doubles, peut servir de commencement de preuve, et si, pour compléter la preuve, on peut admettre des témoins. Oui, sans doute, car la clause écrite sur l'un des doubles rend très-vraisemblable qu'elle n'a été qu'omise par inadvertance sur l'autre, quoique convenue entre les parties. En conséquence, la cour de Rennes, par arrêt rendu dans la première chambre le 18 février 1815, et la cour de Caen, par arrêt du 1er mai 1812, ont jugé qu'en ce cas la preuve testimoniale est admissible. Ces deux cours ont donc jugé, contre l'opinion de Duranton, que pour former un commencement de preuve, même lorsqu'il s'agit de conventions synallagmatiques, il n'est nullement nécessaire que l'écrit soit au pouvoir des deux parties. C'est ce qui nous paraît incontestable.

90. Ce principe appliqué, comme nous l'avons fait, aux actes synallagmatiques nuls par défaut de forme, ou par l'incompétence des notaires, peut faire naître une difficulté lorsque l'acte n'est signé que par l'une des parties. Dans le cas, par exemple, d'une vente dont la moitié du prix a été payée comptant au vendeur, qui ne sait pas signer, celui-ci peut, sans contredit, se servir de l'acte signé par l'acquéreur, comme d'un commencement de preuve, pour être admis à prouver par témoins la réalité de la vente, et le contraindre à l'exécuter en payant l'autre moitié du prix.

Mais l'acquéreur pourra-t-il également s'en servir comme d'un commencement de preuve, pour parvenir à prouver par témoins la réalité de la vente, et contraindre le vendeur de mauvaise foi à l'exécuter? On peut dire, *in apicibus juris*, que l'acte, n'étant point signé du vendeur, ne peut avoir aucune force contre lui; ce serait une véritable injustice. L'acquéreur se trouverait réduit à la ressource désespérée du serment ou de l'interrogation sur faits et articles, contre un homme d'assez mauvaise foi pour nier la numération de la moitié du prix, faite ou confessée en présence des notaires.

Les auteurs qui ont écrit sous l'empire de l'ordonnance de Moulins, Boiceau, d'Argentré, tranchaient la difficulté, en distinguant entre la convention, qui ne peut être prouvée par témoins lorsqu'elle excède la valeur de 100 fr. (aujourd'hui 150 fr.), et le fait de la numération des espèces, qui pouvait toujours l'être dans leur opinion. Mais cette distinction a été rejetée. La difficulté reste donc dans toute sa force. Le texte du Code l'augmente même, en définissant le commencement de preuve : « tout écrit émané de *celui contre lequel la demande est formée.* »

S'il faut s'en tenir rigoureusement à cette définition donnée par l'art. 1347; si la disposition de cet article est limitative, ou prohibitive; si elle défend absolument de prendre, pour commencement de preuve, tout écrit qui n'est pas précisément émané de celui contre lequel la demande est formée, ou de ses auteurs, comment dire que l'acte nul par défaut de forme, ou par l'incompétence des notaires, mais non signé de celui contre lequel on veut s'en servir, est un commencement de preuve écrite?

Mais nous avons vu que cette rigueur n'est ni dans le texte, ni dans l'esprit du Code; qu'on y trouve même des exemples de commencements de preuve non émanés de celui auquel on les oppose; qu'il résulte de la combinaison des art. 1367 et 1329 que les livres de commerce régulièrement tenus peuvent servir de commencement de preuve en faveur des marchands qui les ont écrits ou fait écrire. *V. supra*, n° 70.

Or, certainement un acte reçu par des notaires, même accidentellement privé de sa force

probante, par leur incompétence, ou par un vice de forme qui leur est échappé; un acte que celui qui prétend s'en servir n'a pu altérer en aucune manière, mérite plus d'égard aux yeux de la raison que des livres tenus par celui qui les représente comme un titre en sa faveur. Nous osons donc penser que l'acte nul, lorsqu'il est signé de l'une des parties, peut également servir de commencement de preuve contre celui qui ne l'a pas signé. Cette opinion, qui ne présente aucun inconvénient, et qui tend à prévenir de grandes injustices, n'a rien de contraire au texte du Code. Elle est conforme à son esprit qui laisse aux juges une grande latitude de pouvoir dans l'appréciation des commencements de preuve. L'arrêt qui la consacrerait ne pourrait donc, ce nous semble, être avec succès déféré à la censure de la cour de cassation; car si, comme nous croyons l'avoir prouvé, la disposition de l'article 1347 n'est pas limitative, il n'y aurait aucune loi violée.

Allons plus loin : le Code n'exige point, pour former un commencement de preuve, que l'acte soit écrit ou souscrit de celui à qui on l'oppose, mais seulement qu'il soit *émané de lui*, c'est-à-dire de sa volonté, manifestée, sans équivoque, de quelque manière que ce soit. Or, sa volonté a été clairement manifestée, s'il était présent à l'acte, s'il a consenti qu'il fût rédigé dans son nom, qu'on y énonçât son consentement, et enfin qu'on y déclarât que, s'il ne l'a pas souscrit, c'est parce qu'il ne pouvait ou ne savait pas écrire. S'il avoue ces faits, il demeure prouvé par son aveu que l'acte est émané de lui; s'il les nie, il faut les lui prouver à la vérité; mais il ne peut nier, sous la foi du serment, sa présence à l'acte, sans s'exposer à la peine du parjure que l'art. 366 du Code pénal punit d'une peine infamante, de la dégradation civique.

91. Les promesses de vente, sans promesses réciproques d'acheter, sont le premier exemple d'un commencement de preuve écrite que nous donnent Boiceau et Danty. Cet exemple nous semble mériter des développements pour faciliter l'intelligence de plusieurs dispositions du Code.

Vous avez formé contre moi l'action en revendication d'un héritage dont je suis en possession. Je réponds que vous me l'avez vendu et que j'en ai payé le prix. Pour le prouver, je représente un écrit authentique, ou sous seing privé, émané ou signé de vous, par lequel vous avez promis de me vendre cet héritage pour tel prix. Cet acte ne suffit pas seul et par lui-même, pour en prouver la vente, encore moins pour prouver le payement ou la numération du prix. Cette promesse est du nombre des contrats qui, pour leur perfection ou pour leur exécution, exigent un second contrat (1).

Mais ne forme-t-elle pas une présomption que ce second contrat a existé, lorsque celui à qui la promesse a été faite se trouve ensuite en possession de la chose vendue? Dans les principes du droit romain, comme dans les principes du droit français, l'écriture n'est point de l'essence du contrat de vente (2). Il n'est soumis, pour sa preuve, qu'aux règles ordinaires. Si le prix n'excède pas 150 francs, le contrat peut être prouvé par témoins : s'il l'excède, il faut un écrit, ou un commencement de preuve par écrit, joint à la preuve testimoniale. Or l'écrit, par lequel vous m'avez promis de me vendre l'héritage, joint au fait de ma possession postérieure, rend très-vraisemblable que vous avez exécuté votre promesse, en me vendant verbalement cet héritage; et qu'en vertu de ce second contrat verbal, vous m'avez mis en possession ou que vous m'y avez laissé entrer.

Car, pour opérer cette présomption, il faut que ma possession soit postérieure à l'acte de promesse de vente, en sorte qu'elle paraisse en être la suite ou l'exécution (3). Si ma possession était antérieure à la promesse de vente; par exemple, si je jouissais auparavant de l'héritage en vertu d'un bail à ferme ou autrement, on ne pourrait plus présumer, avec la même vraisemblance, que l'exécution de la promesse de vente est la cause ou le titre de ma possession.

Mais, lorsque la promesse de vente a été suivie d'une prise de possession paisible, on trouve le concours de deux présomptions qui se prêtent mutuellement une force invincible.

1° Le fait de la possession, qui seule et par elle-même fait présumer le possesseur propriétaire, même contre le précédent maître, lorsqu'elle a duré une année, et qui ne cède à la preuve du contraire que lorsqu'elle manque d'un titre légal.

2° Mais ce titre légal est, dans le cas proposé, suppléé par la réunion de la possession à la promesse de vente, dont elle est présumée n'être que l'exécution, consommée par une vente verbale, suivie de tradition. Cette vente verbale n'est point, à la vérité, rigoureusement prouvée, mais il s'élève, en faveur de son existence, une présomption si forte, que le Code l'a érigée en présomption légale. « La promesse de vente » vaut vente, dit l'art. 1589, lorsqu'il y a con- » sentement réciproque des deux parties sur la » chose et sur le prix. »

Il faut ajouter : « ... et si la promesse de vente est

(1) Boiceau, liv. 2, chap. 10, n° 6.

(2) *Voyez* le discours de Portalis en présentant le titre *de la Vente* au corps législatif, celui de Grenier, dans son *Rapport au tribunat;* Malleville, sur l'article 1583.

(3) C'est ce qu'a fort bien vu Boiceau, *ubi supra*. « Ut » cum promitto tibi vendere fundum meum pro centum » aureis... sed postquam scripta fuerit haec conventio, » et fundus penes eum cui venditio pollicita fuerat, » certo post tempore reperiatur, etc. »

suivie de tradition ou de possession, » sans quoi il est certain que la promesse de vente ne peut avoir les mêmes effets que la vente.

Il y a, dit fort bien Pothier (1), une fort grande différence entre la promesse de vendre et la vente même. Celui qui promet de vendre une chose, ne la vend pas encore; il contracte seulement l'obligation de vendre quand il en sera requis.

L'auteur ajoute : Celui qui vend une chose déterminée, devient débiteur de cette chose envers l'acheteur; mais celui qui promet seulement de la vendre n'est pas encore débiteur de cette chose; il n'est débiteur que d'un fait.

Rien de plus vrai que cette doctrine, également enseignée par tous les auteurs : elle acquiert une nouvelle force sous l'empire du Code, qui, bannissant l'ancien principe du droit romain, que la propriété n'est point transférée par les simples pactes, mais par la tradition, veut, art. 711, qu'elle s'acquière et se transmette par *l'effet des obligations;* et à l'égard du contrat de vente, que la propriété soit acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, *dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée, ni le prix payé.* (Article 1583.)

Il est bien évident que la simple promesse de vendre n'a pas l'effet de transférer la propriété, puisque celui qui promet seulement de vendre n'a pas la volonté de s'en dépouiller actuellement. Il ne s'oblige qu'à la transférer par un nouveau contrat, nécessaire pour cette translation.

92. Pourquoi donc l'article 1589 a-t-il dit que la promesse de vente vaut vente, et qu'a-t-il voulu dire par là? Pour le savoir, il faut remonter à la jurisprudence antérieure au Code. Les auteurs n'étaient point d'accord sur l'effet que devaient produire les promesses de vendre (2). Celui qui a promis de vendre pouvait-il être contraint précisément d'accomplir sa promesse et de passer le contrat, en faisant ordonner que, faute à lui de le passer, le jugement qui interviendra en tiendra lieu, et qu'il sera permis, en conséquence, à celui auquel la promesse a été faite, de se saisir de la chose, et de s'en mettre en possession par autorité de justice; ou bien, sur son refus de passer le contrat, ne pouvait-on obtenir contre lui qu'une condamnation à des dommages et intérêts, qui ne consiste jamais qu'en une somme d'argent?

Ceux qui soutenaient cette dernière opinion disaient qu'en principe général, « toute obli- » gation de faire ou de ne pas faire se résout » en dommages et intérêts, en cas d'inexécution » de la part du débiteur; » principe conservé dans l'art. 1142 du Code. La raison de ce principe est que *nemo potest præcise cogi ad factum.* Or il est certain, disaient-ils, que l'action qui résulte d'une promesse de vendre une chose n'a pour objet qu'un fait, qui est la vente de la chose; cette obligation doit donc se résoudre en dommages et intérêts.

Ceux qui soutenaient la première opinion disaient que la règle *nemo potest præcise cogi ad factum*, et celle que les obligations qui ne consistent pas à donner, mais à faire, *quæ non in dando sed in faciendo consistunt*, se résolvent nécessairement en dommages et intérêts, n'ont d'application qu'aux faits personnels à l'égard desquels la personne du débiteur ne saurait être suppléée, tels que l'obligation de peindre un tableau, d'aller à Rome, etc.; mais que ces mêmes règles cessent d'avoir leur application aux faits qui n'exigent pas nécessairement la coopération personnelle du débiteur, et dans lesquels il peut être suppléé, notamment la passation d'un contrat, dont le jugement, qui condamne à le passer, peut tenir lieu, comme le jugement d'adjudication tient lieu du consentement du débiteur, dans une expropriation forcée. C'est sur cette opinion que se fondait la maxime « *Promesse de vente vaut vente*, lorsque » les trois conditions nécessaires pour former » le contrat s'y rencontrent; *nimirum res, pre-* » *tium et consensus* (3). »

La promesse de vendre avait alors tous les effets de la vente, puisque la vente ne transférait point la propriété, et qu'elle obligeait seulement le vendeur à livrer la chose, et à la garantir, comme l'y obligeait aussi la promesse de vendre.

La commission chargée de la rédaction du projet de Code embrassa l'opinion de ces auteurs, qui pensaient, comme plusieurs arrêts l'avaient jugé, que les promesses de vente obligeaient précisément à passer contrat et à livrer la chose. Elle s'exprima dans les mêmes termes que ces auteurs, *la promesse de vente vaut vente*, sans s'apercevoir que cette maxime manquait absolument d'exactitude sous l'empire des nouveaux principes, qui veulent que la propriété s'acquière et se transfère par l'effet des conventions, notamment par la vente, encore que la chose n'ait pas été livrée. Ainsi la première vente, quoique non suivie de tradition (4), prévaut toujours sur la seconde, même suivie de tradition, parce que le vendeur n'a pu transférer un droit qu'il n'avait plus.

Au contraire, la vente postérieure à la promesse de vendre, même authentique, est valide, parce que la propriété ayant, nonobstant cette promesse, continué de résider sur la tête du vendeur, il continuait aussi d'avoir le pouvoir de la

(1) *Traité du Contrat de vente*, n° 479 (édit. Tarlier, t. 1, p. 396).

(2) *Voy.* Henrys et ses commentateurs, liv. 4, q. 40; Ferrière, *Dictionnaire de droit*, v° *Promesse de vendre.*

(3) Ce sont les expressions de Ferrière, *ubi supra.*

(4) Excepté dans les ventes de meubles (art. 1141).

transférer à un acquéreur de bonne foi, sauf à celui en faveur de qui la promesse avait été faite, de former une action en dommages et intérêts contre le vendeur. Il pourrait même, si l'acquéreur de mauvaise foi avait participé à la fraude du vendeur, former contre lui l'action révocatoire, et le faire condamner à délaisser la possession de l'héritage, par argument de la disposition finale des art. 1141 et 1167.

Mais si, depuis la promesse de vendre, le prometteur avait livré l'héritage à celui à qui la promesse avait été faite, ou l'avait laissé entrer en possession, comme la propriété aurait été transférée par l'exécution de la promesse, qui suppose une vente verbale, ou au moins tacite, ce prometteur ne pourrait plus vendre validement : et son acquéreur ne pourrait, en vertu d'un contrat postérieur, évincer le possesseur devenu antérieurement propriétaire (légitime), avec titre et bonne foi.

Vainement l'acquéreur postérieur objecterait-il que la vente, prétendue faite en exécution de la promesse, n'est pas plus prouvée que l'époque de la mise en possession; le possesseur lui répondrait avec succès que la promesse de vendre, jointe à la possession, est un commencement de preuve écrite, en vertu duquel il est autorisé à prouver par témoins que cette possession est antérieure au contrat de vente, et qu'elle n'est que l'exécution de la vente verbale, faite en vertu de la promesse de vendre.

Si, avant d'avoir vendu à un tiers, celui qui avait promis de me vendre tel héritage pour tel prix voulait s'opposer à mon entrée en possession, il ne le pourrait pas faire avec succès, si je prouvais que j'ai payé le prix convenu, ou si j'offrais de le lui payer sur-le-champ, puisqu'en vertu de sa promesse, je suis autorisé à le contraindre de me passer contrat et de me livrer l'héritage.

93. Mais s'il n'avait formé aucune opposition à mon entrée en possession, quoiqu'il en eût connaissance, Danty, Loiseau et Pothier pensent que le prix convenu serait présumé payé, quoique je n'en eusse point de quittance à représenter, et que cette présomption, fondée sur la promesse écrite, formerait un commencement de preuve suffisant pour faire admettre la preuve testimoniale de la numération du prix.

La doctrine de ces auteurs semble d'abord souffrir des difficultés : car un contrat de vente écrit, passé devant notaire, ou sous seing privé, lorsqu'il ne porte ni quittance du prix convenu, ni terme pour le payer, n'en saurait faire présumer la numération, soit antérieure, soit postérieure : antérieure, car si l'acquéreur avait payé auparavant, il eût exigé qu'il en fût fait mention dans le contrat; postérieure, car sachant que cet acte forme un titre contre lui, il n'aurait point payé sans quittance : la loi lui ordonnait d'en prendre une.

Danty enseigne que, si la promesse de vendre portait qu'il en serait passé contrat devant notaire, l'entrée en possession qui suivrait cette promesse ne ferait plus présumer ni la vente verbale, ni la numération du prix de la vente, parce que les parties ayant exprimé leur volonté de passer un contrat écrit, le vendeur est censé en avoir attendu la passation pour demander le prix, qui n'est payable qu'en ce moment.

Comment donc la simple promesse de vendre, sans stipulation qu'il en sera passé contrat, jointe à la possession où se trouve celui auquel la promesse a été faite, peut-elle faire présumer qu'elle a été suivie d'une vente verbale, et que le prix en a été payé?

C'est que celui qui a promis de vendre un héritage, et qui met ensuite, ou qui laisse entrer en possession celui auquel il a fait la promesse, est naturellement censé, par cela même, exécuter sa promesse par une vente verbale ou tacite.

C'est encore qu'une pareille vente fait présumer qu'il en a reçu le prix, puisqu'il a négligé d'exiger un acte pour en assurer le payement. Si cette présomption n'est point assez forte pour former une preuve complète du payement, elle suffit du moins pour le rendre vraisemblable, et pour former un commencement de preuve par écrit, puisqu'elle a sa racine dans un acte écrit. La preuve testimoniale, tant de la vente que du payement, peut donc être admise, sauf au vendeur à prouver le contraire

94. S'il s'agissait d'un meuble, quelque précieux qu'il fût, la seule possession, même sans titre, en ferait présumer, en faveur du possesseur, la translation de propriété ainsi que le payement du prix. « En fait de meubles, la possession vaut titre, » dit l'art. 2279, à moins que l'ancien propriétaire ne prouve qu'il a perdu ce meuble, ou qu'on le lui a volé. A défaut de l'une de ces deux preuves, celui qui revendiquerait le meuble contre le possesseur, prouverait inutilement qu'il en était propriétaire. Le possesseur lui répondrait avec succès : Ma possession vaut titre; il est possible que vous fussiez propriétaire de ce meuble, mais vous ne l'êtes plus; vous l'avez aliéné de manière ou d'autre, puisque vous ne prouvez ni que vous l'avez perdu, ni qu'on vous l'a volé, et que cependant vous en êtes dessaisi. J'en suis aujourd'hui propriétaire, puisque je le possède : vous n'avez rien à me demander.

Le possesseur actuel pourrait encore répondre à l'ancien propriétaire du meuble : Oui, ce meuble vous appartenait, mais vous me l'avez vendu et j'en ai payé le prix. La preuve en est que vous me l'avez livré, sans exiger de ma part aucun billet, aucun écrit.

Nous ne connaissons à cela d'autre exception qu'en faveur des marchands, qui sont dans l'usage de vendre à crédit : encore faudrait-il que la vente fût constatée sur leurs livres, sans quoi ils ne pourraient réclamer le prix des marchandises livrées; mais leurs livres forment en leur

faveur un commencement de preuve. *Voyez* ce que nous avons dit tome 4 (VIII, éd. fr.), nos 368 et 369; *supra*, no 70.

A la différence des meubles, la tradition volontaire ou la mise en possession d'un immeuble n'en fait plus, dans l'état civil, présumer le simple possesseur propriétaire sans titre, lorsqu'il n'a pas possédé pendant un an, parce qu'il n'est point d'usage de vendre verbalement les immeubles, et que la preuve testimoniale d'une vente pareille ne serait pas reçue au-dessus de 150 fr. Mais lorsqu'il existe un titre légal en vertu duquel le possesseur en pouvait exiger la tradition, il est naturel que sa possession, quoiqu'elle ne soit pas annale, le fasse présumer propriétaire; il est naturel de présumer que cette possession est émanée de l'ancien propriétaire, et enfin que le prix de la vente a été payé à ce dernier, puisqu'il a laissé l'acquéreur entrer en possession, sans s'y opposer et sans exiger un titre pour sa sûreté. Cette présomption, fondée sur une promesse par écrit, doit au moins servir de commencement de preuve, car elle rend vraisemblable, et la vente verbale, qui a suivi la promesse, et la numération du prix. Telle est la théorie de la matière.

95. Pothier pense que, même dans le cas où la promesse de vendre ne porte pas qu'il en sera passé contrat notarié, le juge devrait être très-réservé à la regarder comme un commencement de preuve écrite, et qu'il ne devrait pas admettre la preuve testimoniale, si l'héritage était *un peu considérable;* n'étant pas présumable qu'on vende un héritage considérable verbalement et sans acte.

Le plus ou le moins de valeur de l'héritage que le propriétaire a promis de vendre, ne nous paraît pas une circonstance suffisante pour écarter seule la présomption d'une vente verbale, suivie de tradition en exécution de la promesse; mais il doit être fort rare, dans des affaires de cette nature, qu'il ne s'y rencontre pas d'autres faits, d'autres circonstances, soit pour fortifier la présomption, soit pour l'affaiblir ou même pour la détruire entièrement : d'ailleurs, la décision est toujours abandonnée à la prudence et à la sagacité du juge, qui doit rejeter la preuve, s'il s'élève dans son esprit des soupçons contre celui qui la demande, *si in contrarium oriatur sinistra suspicio, quod bonus judex ex negotiorum vel personarum qualitate facile arbitrari poterit,* dit fort bien Boiceau, liv. 2, chap. 10.

96. Les promesses de vendre, non synallagmatiques, par lesquelles l'une des parties s'oblige de *vendre à tel prix,* sans que l'autre s'oblige d'acheter, ne sont pas autre chose que des offres, que celui qui les a faites peut rétracter, jusqu'à ce qu'elles aient été acceptées; mais il n'est pas nécessaire que l'acceptation soit expresse et par écrit : elle peut être tacite ou verbale, et lorsque celui à qui ces promesses ont été faites, est entré en possession de l'héritage qu'on avait promis ou offert de lui vendre à tel prix, il paraît bien évident qu'il accepte; et si celui qui a fait la promesse ne s'est point opposé à son entrée en possession, la présomption d'une vente verbale, en exécution de la promesse, est aussi forte que dans le cas où la promesse était réciproque dans l'origine.

97. Dans la classe des écrits qui contiennent le fait allégué, mais qui ne peuvent néanmoins former qu'un commencement de preuve, nous avons compris les titres prescrits, qui, quoique dans la meilleure forme possible, cessent de faire preuve, si le créancier ne prouve pas l'interruption de la prescription.

On demande donc si le titre dont le créancier a négligé d'exiger le renouvellement peut former en sa faveur un commencement de preuve écrite de la prestation d'une rente, car c'est au sujet des rentes que la question s'est élevée.

Il est bien évident que la création d'une rente, soit foncière, soit constituée, ne peut être prouvée par témoins lorsque le capital excède 150 fr.; mais lorsqu'un créancier négligent a laissé s'écouler trente années sans exiger d'acte récognitif d'une rente qui lui était exactement payée tous les ans, peut-il, en représentant la grosse originale du titre constitutif, s'en servir comme d'un commencement de preuve, pour faire admettre la preuve testimoniale du fait de la prestation de la rente?

Il peut dire que l'existence de la grosse originale entre ses mains, est, sinon une preuve, du moins une présomption que la rente n'a pas été rachetée; car, il est d'usage de remettre la grosse du titre en recevant le remboursement du capital, et même de mettre la quittance au pied de cette grosse. La remise de la grosse fait même présumer le rachat ou le payement (art. 1283). La représentation de la grosse du titre, restée aux mains du créancier, forme donc une présomption que la rente n'a pas été rachetée; et cette présomption, étant fondée sur un écrit, semble d'abord suffisante pour faire admettre la preuve testimoniale du fait de la prestation de la rente.

Sur cette question, l'ancienne jurisprudence distinguait entre les rentes constituées, créées à prix d'argent, et les rentes foncières, créées par un bail à rente, pour prix de la translation d'un héritage. Quant aux premières, la preuve par témoins de la prestation des arrérages de la rente n'était point admise, parce que ces rentes étant perpétuellement rachetables de leur nature, le défaut d'avoir fait renouveler le titre dans les trente ans fait présumer le rachat. Ainsi l'avait jugé un arrêt du parlement de Bretagne, le 15 mai 1755 (1).

Quant aux rentes foncières, alors considérées

(1) Rapporté à sa date dans le *Journal du parlement de Bretagne*, t. 5.

comme un droit réel, comme une délibation de l'héritage, pour la translation duquel elles avaient été créées, on pensait que, lorsque le titre constitutif paraissait, la prestation ou le service de la rente pouvait être prouvé par témoins (1), parce que ces rentes n'étant point autrefois rachetables de leur nature, on n'en pouvait présumer le rachat.

Mais cette raison paraît peu satisfaisante; car, d'un côté, le remboursement pouvait être fait de gré à gré; d'un autre côté, la rente était prescriptible, et par conséquent présumée rachetée, ou remise, après trente ans ou quarante ans en Bretagne, si la prescription n'avait pas été interrompue. Le créancier de la rente avait deux moyens d'empêcher la prescription: l'un, en exigeant, comme la loi le lui commandait, un titre récognitif que le débiteur ne pouvait refuser; l'autre, en exigeant une contre-quittance à chaque payement, ou au moins de temps en temps.

Cette jurisprudence pouvait-elle s'accorder avec le texte des ordonnances, lorsque la rente s'élevait au-dessus de la valeur de 100 francs? Le débiteur n'en pouvait prouver le payement par témoins, comment donc accorder au créancier une faculté refusée au débiteur?

Les lois de 1790 rendirent la rente foncière rachetable à volonté, de même que la rente constituée : ainsi, plus de raison pour dire que le service peut en être prouvé par témoins, lorsque le titre paraît. Il en existe encore moins sous l'empire du Code, où la rente est purement mobilière, et n'affecte plus l'héritage, qui en était originairement le prix, qu'à titre de simple hypothèque.

Cependant un arrêt rendu par la seconde chambre de la cour royale de Rennes, après partage vidé le 22 mars 1814 (2), jugea que le service d'une rente foncière pouvait être prouvé par témoins, quoique le titre constitutif fût prescrit (3).

Cet arrêt ne doit pas être suivi, parce qu'il est contraire aux principes actuels de la législation. Il n'existe plus, comme autrefois, aucune différence entre les rentes foncières et constituées, quant à la faculté perpétuelle de rachat. Si le défaut de titre récognitif fait présumer le rachat des rentes constituées, parce qu'elles sont perpétuellement rachetables, il doit également faire présumer le rachat des rentes foncières, aussi perpétuellement rachetables.

La question proposée de savoir si le titre constitutif prescrit peut, faute de rénovation, former un commencement de preuve en faveur du créancier, dépend donc, dans nos principes, uniquement du point de savoir si ce titre rend vraisemblable que, trente ou quarante ans après sa date, la rente a continué d'être payée, et qu'elle n'a pas été rachetée. Or, c'est ce qu'il nous paraît impossible de soutenir sans aller contre la loi qui présume, au contraire, que le rachat a été fait. C'est sur le fondement de cette présomption qu'elle dénie ou déclare éteinte l'action qui n'aurait pour base qu'un titre anéanti, ou devenu sans force par son ancienneté.

Inutilement oppose-t-on que ce titre étant demeuré aux mains du créancier, qui ne l'a point, suivant l'usage, remis au débiteur en recevant le prix du rachat, on doit présumer que la rente n'a point été rachetée. Ce n'est ici qu'une simple présomption de l'homme, qui doit céder à la présomption légale, laquelle ne peut être détruite ou combattue que par une preuve contraire, telle qu'un acte récognitif, ou, tout au moins, un commencement de preuve écrite, telle qu'une lettre du débiteur ou autre écrit semblable.

Basnage, sur l'art. 51 de la Coutume de Normandie, nous en fournit un exemple dans le

(1) *Voy.* Duparc-Poullain, *Principes du droit français*, t. 9, p. 509, nº 46, et t. 6, p. 519, nº 167. *Voyez* aussi Basnage, sur l'art. 51 de la Coutume de Normandie.

(2) Rapporté à sa date dans le tome 4 du *Journal des arrêts de la cour royale de Rennes*, p. 225.

(3) La cour de Bruxelles a, comme celle de Rennes, admis la preuve testimoniale du service d'une rente foncière, dont le titre était prescrit. Cet arrêt est motivé sur ce que « la preuve décernée par le jugement du » 11 mai 1810 n'a point eu pour objet d'établir l'existence de la rente par le payement que l'appelant ou » ceux qu'il représente en auraient fait pendant un » temps suffisant pour acquérir par prescription, mais » de vérifier que la rente n'avait pas été prescrite par le » non-service; d'où il suit que c'est à tort que l'appelant » a invoqué les articles 19 de l'édit perpétuel de 1611, et » 1341 du Code civil, pour en induire l'inadmissibilité » de cette preuve. » L'espèce de cet arrêt est rapportée dans la *Jurisprudence de la cour de Bruxelles*, an 1814, vol. 2, p. 317.

Cependant la même cour s'est depuis écartée de cette doctrine; elle a reconnu que l'existence seule du titre prescrit ne formait pas un commencement de preuve par écrit, suffisant pour faire admettre la preuve testimoniale du payement des redevances annuelles; voici les termes de ce dernier arrêt du 20 octobre 1821 : « Attendu que » les appelants n'ont articulé aucun fait ni circonstance » à l'appui de celui à la preuve duquel ils sont admis (le » payement de canons de rente); qu'ils ne présentent » aucune annotation quelconque des payements qu'ils » prétendent avoir été faits; d'où il suit que, quoiqu'il » ne s'agisse pas d'établir sur le payement d'une année » de canons l'existence de la rente, mais seulement » d'écarter la prescription trentenaire, néanmoins, dans » cet isolement absolu de toute circonstance qui tendrait » à faire présumer qu'une année de canons a été payée, » tandis qu'une grande réunion de circonstances milite » pour faire croire que les deux rentes ont été éteintes » par les auteurs des intimés, la preuve testimoniale sur » ce fait est insuffisante et ne peut être admise, en ce » qu'elle aurait pour objet, dans l'espèce, non de prouver » la libération ou le payement d'une année de canons, » dont le montant est inférieur à 300 flor., preuve qui » serait admise par l'art. 19 de l'édit perpétuel de 1611, » loi générale dans la cause, mais de faire revivre, par » la preuve du payement desdits canons, les capitaux » des deux rentes et trente-quatre années d'arrérages, » en écartant ainsi la prescription trentenaire opposée » par les intimés. »

contrat par lequel le vendeur charge l'acquéreur de payer une rente, *si elle est due*. Cette clause a évidemment le double objet de prévenir tout recours en garantie contre le vendeur, et de ménager à l'acquéreur le droit de contredire que la rente soit due, en cas qu'elle soit réclamée, et qu'elle ne le soit pas en vertu de titres bons et valables. Une pareille clause prouve toujours que le vendeur avait quelque connaissance de la rente, et quelque appréhension qu'elle fût réclamée par le créancier. Il en résulte une vraisemblance de l'existence de la rente, et si la clause n'est pas rédigée de manière à interrompre par elle-même la prescription, elle peut au moins former un commencement de preuve suffisant pour faire admettre la preuve testimoniale des payements antérieurs, qui ont interrompu la prescription (1).

98. Le créancier peut même quelquefois trouver un commencement de preuve écrite dans les quittances qu'il a données au débiteur; par exemple, lorsqu'elles sont produites par ce dernier. Elles deviennent alors des pièces communes qui forment des titres en faveur du créancier aussi bien qu'en faveur du débiteur; elles ont la même force que si le débiteur avait reconnu par écrit qu'il a payé la rente (2).

Nous avons prouvé ailleurs (3) qu'on peut répéter, *condictione indebiti*, ce qui a été payé après la prescription acquise. Supposons donc qu'un débiteur ait, pendant quelques années, payé une rente créée par ses auteurs. Il découvre que le titre en est prescrit, et il a l'imprudence de répéter ce qu'il a payé, suivant les quittances qu'il produit (4). Le créancier, de son côté, représente le titre de la rente qui, à la vérité, se trouve prescrit; mais il prend les quittances produites par le débiteur pour un commencement de preuve, et demande à prouver par témoins que la rente a continué d'être payée plusieurs années de suite, avant le temps requis pour la prescription, laquelle, par conséquent, a été interrompue par les payements. Sa demande doit être accueillie, même dans les principes du Code; car, quoique les quittances soient du fait du créancier, le débiteur se les rend propres, en les produisant, et en voulant s'en faire un titre pour répéter ce qu'il a payé. On peut même dire, en ce cas, qu'elles sont émanées de lui, puisque c'est lui qui les présente à la justice.

99. Ceci nous conduit à une autre question dont la solution peut offrir des ressources au créancier qui a négligé de faire renouveler le titre d'une rente. Il voit mourir son débiteur, et craint que les héritiers qui sont aux droits d'autrui ne refusent de reconnaître un titre prescrit; mais présumant que le défunt, qui payait fort exactement, avait gardé ses quittances, il demande l'apposition des scellés sur les papiers de la succession (5), où l'on trouve en effet, lors de l'inventaire, plusieurs quittances de la rente payée par le défunt. Le créancier peut s'en servir pour prouver l'interruption de la prescription, si elles sont antérieures au temps où elle a été acquise; et si elles sont postérieures, comme d'un commencement de preuve écrite des payements antérieurs, qu'il offre de prouver par témoins; car le défunt s'est approprié ces quittances en les gardant dans ses papiers, à dessein de s'en faire au besoin un titre de libération.

100. Mais si ces quittances étaient en grand nombre, pourraient-elles faire présumer un titre, et dispenser le créancier de le représenter? C'est une question agitée par les docteurs (6) et par nos auteurs français. Dumoulin la résout affirmativement et pense que les prestations annuelles et uniformes d'une rente, pendant dix ans, font présumer qu'il en a existé un titre que le créancier est dispensé de représenter, pourvu que les quittances contiennent expressément la cause du payement, par exemple pour une année de la rente que tel doit; pour une année de la rente constituée que tel doit; et non pas si les quittances sont vagues, si elles n'expriment point la cause du payement, quand même le payement serait fait uniformément de la même somme pendant les dix années consécutives; au lieu qu'en recevant quittances des arrérages d'une rente, perpétuelle de sa nature, jusqu'au rachat, le débiteur qui paye reconnait qu'il doit réellement une rente payable chaque année, parce que les énonciations dans les contrats font pleine foi entre les parties, et ont même plus de force dans les quittances. Il en résulte donc la présomption du titre, et cette présomption dispense le créancier de toute autre preuve. Dumoulin fonde son opinion sur plusieurs lois romaines, et ajoute que le débiteur est admis à la preuve contraire à cette présomption, à moins que les quittances ne remontent au delà de trente années; car alors le créancier aurait prescrit la rente et acquis un titre, en supposant qu'il n'en existât point auparavant : le débiteur ne serait plus admis, en ce cas, à prouver que la rente n'était pas due dans l'origine : *Præscriptio enim disponit contra veritatem, ubi de veritate alias constaret, in materia præscriptibili, ut dixi in Consuetud. Parisiens.* tit. 4, princ., rubr. 3.

(1) Rolland, v° *Commencement de preuve par écrit*, n° 33.
(2) Duparc-Poullain, *Principes du droit*, t. 9, p. 310.
(3) T. 3 (VI, éd. fr.), n° 75, et dans la note du n° 74.
(4) *Voy.* Danty, liv. 1, chap. 14, n° 17; Duparc-Poullain, *ubi supra*, p. 109.
(5) Conformément à l'article 820 du Code civil et à l'article 909 du Code de procédure.

(6) *Voyez* Vasquez, *Controversiæ illustres*, lib. 2, cap. 83, *de Præscriptione annuarum præstationum.*
Dunod, *des Prescriptions*, p. 304, et les auteurs qu'il cite.
Dumoulin, *de Contract. usurariis*, cap. 20; Mascardus, conclus. 279, *census an per annuam solutionem probetur.*

Il suffit même que la cause de la dette soit exprimée dans la première quittance, quoiqu'elle ne soit pas répétée dans les suivantes, parce qu'elle y est sous-entendue dès lors que l'origine de la dette est connue.

Dunty, qui traite cette question (1) en passant, adopte l'opinion commune que la prestation uniforme d'une rente pendant dix années consécutives, lorsque la cause est exprimée, fait présumer un titre, et dispense le créancier de le représenter. Il en conclut que, si le débiteur, voulant répéter ce qu'il a indûment payé, produisait des quittances sans expression de la cause, le créancier et le débiteur peuvent également prendre droit par ces quittances :

Le premier, pour s'en servir comme d'un commencement de preuve et demander à prouver par témoins la prestation annuelle d'une rente pendant dix années, ce qui fait présumer un titre en sa faveur, quoique le titre de la dette ne soit pas exprimé dans les quittances;

Le second, pour en conclure que la cause ou le titre n'étant point exprimé dans les quittances, et le créancier ne rapportant point le titre de la dette, il doit rendre, comme ne lui étant point dû, ce qui lui a été payé

Il est certain que cette présomption d'un titre, fondée sur la prestation d'une rente pendant dix années consécutives, ne peut plus être, sous l'empire du Code, regardée comme suffisante pour faire condamner le débiteur à la continuation du payement, quand même les quittances référeraient non-seulement la cause du payement, mais encore le titre constitutif de la rente; le créancier n'en serait pas moins obligé de le représenter, ou de prouver qu'il a été perdu par force majeure ou autre accident imprévu. Dans cette présomption, les auteurs voyaient une présomption légale établie par les lois romaines, qui n'ont plus aujourd'hui force de loi. La présomption d'un titre fondée sur la prestation d'une rente pendant dix ans n'est donc plus qu'une présomption de l'homme, insuffisante par elle-même pour faire ordonner la continuation d'une rente dont le titre ne paraît point (2).

101. Il nous paraît encore certain que si, parmi ces quittances, il s'en trouvait une remontant au delà de trente ans, et les autres postérieures, quoiqu'il n'en existât point un assez grand nombre pour établir le payement des trente années dernières, la maxime *probatis extremis media præsumuntur* suppléerait à celles qui manquent (3), et la prescription serait acquise, suivant la doctrine de Dumoulin, sans que le débiteur fût reçu à prouver qu'il n'a pas existé de titre originaire; et si les quittances ne paraissaient pas en assez grand nombre, pour faire présumer que la rente a été continuée, sans interruption, pendant trente ans continus, elles formeraient un commencement de preuve qui pourrait faire autoriser à prouver la continuité de la prestation de la rente.

102. Mais si aucune des quittances ne remontait au delà de trente ans, pourraient-elles former un commencement de preuve suffisant pour faire admettre la preuve testimoniale du service de la rente, jusques et compris la trentième, nécessaire pour la prescription?

Notre savant maître Duparc-Poullain (4) en doutait; car, dit-il, cette preuve n'aurait pas pour objet seulement la continuité de la rente; elle tendrait directement à établir sa création. Or, ajoute-t-il, je ne crois pas qu'un pareil fait soit susceptible de la preuve par témoins, lorsqu'il n'y a aucun titre, et que la seule preuve par écrit consiste en quittances qui ne remontent pas à quarante ans, aujourd'hui à trente ans.

Cette raison ne paraît pas suffisante. Pourquoi des quittances qui ne remontent pas à trente ans ne pourraient-elles former un commencement de preuve, si elles rendent vraisemblables les payements antérieurs? Ce cas est différent de celui du titre prescrit, qui ne peut rendre vraisemblables les payements postérieurs à la prescription d'une rente rachetable à la volonté du débiteur. Au contraire, la quittance d'une année d'arrérages de la rente, échue le 1er mai 1820, rend très-vraisemblable que l'année 1819 a été payée; et ainsi de suite, en remontant d'année en année, la quittance de la vingt-neuvième année serait prouvée par le payement de la trentième, dont la quittance, si elle était présentée et jointe aux postérieures, opérerait la prescription.

Mais il existe, sous l'empire du Code, une raison péremptoire pour refuser à ces quittances, quand même il en existerait vingt-neuf consécutives, la force d'un commencement de preuve suffisant pour faire admettre la preuve testimoniale : c'est, comme nous l'avons dit précédemment, que toute leur force vient de ce qu'elles contiennent une reconnaissance tacite de l'existence de la rente : car si le débiteur ne la reconnaissait pas, il ne recevrait point, il ne garderait point, pour s'en faire un titre de libération, une pièce où est énoncée l'existence de la rente.

Or, la reconnaissance même expresse de l'acte récognitif de la rente, à moins qu'il n'y en ait plusieurs, et que l'une d'elles ne remonte à trente ans, ne dispense point de la représentation du titre primordial. Comment donc la reconnaissance tacite contenue dans les quittances, qui ne remontent pas à trente ans, pourrait-elle

(1) Liv. 2, chap. 14, nos 15, 16 et 17.
(2) *Voyez* Rolland, vo *Commencement de preuve par écrit*, no 56; Dalloz, vo *Preuve testimoniale*, no 169.
(3) Duparc-Poullain, *Principes du droit*, t. 9, p. 310.
(4) *Ubi supra*, p. 311.

en dispenser, et la faire suppléer par la preuve testimoniale?

L'occasion d'appliquer ces principes doit être rare dans la pratique, mais leur développement est nécessaire à l'avancement de la science.

103. Un zèle peut-être indiscret et outré pour les biens consacrés au culte catholique avait porté quelques auteurs à penser qu'on devait faire à la règle, que personne ne peut se faire un titre à soi-même, une exception en faveur des rentes dues aux fabriques des églises, aux chapitres, hospices, et même aux communautés religieuses (1). Ils enseignaient, et l'on cite d'anciens arrêts en faveur de leur doctrine, que les comptes des receveurs de fabriques, de chapitres, etc., même les registres des communautés religieuses, pouvaient servir de commencement de preuve écrite pour constater par témoins les payements faits avant le temps de la prescription des rentes, dont le titre n'existe plus, et que la continuité des comptes postérieurs, faisant un corps de preuve du service de la rente pendant quarante ou trente ans, le débiteur ne pouvait plus alléguer le défaut de titre primordial ou confirmatif de la rente (2).

On disait, au soutien de cette exception, que presque toujours ces receveurs n'ont aucun intérêt dans les rentes dont ils font la recette.

Si cette raison était suffisante, il faudrait faire la même exception relativement aux comptes rendus par les receveurs et les régisseurs des grands propriétaires, et c'est aussi ce que les arrêts de quelques parlements avaient tenté de faire (3). Il faudrait encore étendre l'exception aux comptes rendus par tous les tuteurs, par tous les administrateurs du bien d'autrui. Où s'arrêterait donc l'exception? N'est-il pas notoire que tous les propriétaires, grands ou petits, qui ont des propriétés éloignées, sont forcés de les faire régir et administrer par un receveur, qui est sans intérêt dans les rentes qu'il reçoit?

Si les receveurs des fabriques, chapitres et maisons religieuses n'ont pas d'intérêt personnel à la recette des rentes, on connaît le zèle ardent qu'ils portent aux intérêts dont ils sont chargés; ils se font juges de leurs prétentions, et ne se font nul scrupule d'employer et de mettre en œuvre, pour assurer une rente litigieuse, ou pour en faire revivre une prescrite, les moyens les moins délicats : car, dans leur façon de penser, ces moyens tendent à décharger la conscience des débiteurs.

Les procureurs des communautés religieuses surtout ont, dans tous les temps, mérité ces reproches, comme l'observe Dumoulin (4) d'après Balde et Salicet : *Adeo semper avaritiæ præ cæteris hominibus studuerunt procuratores monasteriorum.*

Une remarque particulière aux fondations pieuses, est que souvent elles n'ont été créées que pour un nombre d'années limité. Il faut donc nécessairement voir le titre constitutif.

Enfin, le Code ne s'est écarté de la règle que personne ne peut se faire un titre à soi-même, qu'à l'égard des livres des marchands revêtus des formalités exigées par la loi, comme nous l'avons dit *supra.*, n° 70. Tous les autres livres, registres, comptes, etc., de quelque personne qu'ils soient émanés, à quelques corps ou établissements qu'ils appartiennent, restent donc sous la règle du droit commun, *nemo sibi adscribit;* et les juges ne pourraient, sans excès de pouvoir, faire une exception en faveur de ces livres, et leur donner la force soit d'interrompre la prescription, soit de former un commencement de preuve, pour faire admettre la preuve testimoniale d'une rente dont le titre est prescrit ou n'est pas représenté (5).

104. On a élevé plusieurs questions sur le

---

(1) L'ancienne jurisprudence belge faisait la même exception, malgré l'article 19 de l'edit perpétuel de 1611. Anselmon cite un édit de Charles Quint, du 10 octobre 1522, qui l'avait formellement admise. (Voy. *ad ed. perp.*, art. 20, § 16, p. 200.)

D'après de Ghewiet, « les registres, rôles ou cueilloirs de rentes foncières, ne font foi, s'ils ne sont soutenus par quelque autre titre authentique, sauf à l'égard des corporations ecclésiastiques, suivant le placard du 10 octobre 1622. » (*Voy.* part. 2, tit. 3, § 12, art. 7, t. 2, p. 6.)

Par un arrêt du 21 juillet 1825, la cour de Bruxelles a jugé que l'existence d'une rente peut être établie par d'anciens registres de particuliers et des titres ou actes de partage dans lesquels le débirentier n'est jamais intervenu. (Voy. *Jur. du* XIXe *siècle*, cont., éd. Tarlier, 1825 et 1826, 3e partie, rédigée par MM. Plaisant et Van Mons, p. 33.)

(2) *Voyez* Duparc-Poullain, *Principes du droit*, t. 9, p. 512 et 513; t. 6, p. 263; les notes du même auteur sur *la Coutume*, t. 2, p. 224, note *a*; Dunod, *des Prescriptions*, p. 171 et 172.

(3) *Voy.* Dunod, *ubi supra*; d'Argentré, sur l'art. 31 de l'ancienne Coutume de Bretagne, note 3, n° 1, et la note de Poullain de Belair, sur l'art. 74 de la Coutume de Bretagne, n° 3.

(4) *De Contract. usurariis*, cap. 20, n° 210.

(5) Il paraît que le ministre des finances voulut faire revivre l'ancienne jurisprudence en l'an IX, sous le gouvernement consulaire, pour favoriser le fisc, auquel appartenaient alors les rentes dues autrefois aux fabriques, chapitres, corps et communautés ecclésiastiques. Il se plaignit que les redevables refusaient de payer ces rentes, sous prétexte que les rentes féodales sont supprimées, et que celles qui sont dues pour fondations pieuses sont éteintes, les fondations n'étant plus acquittées; le ministre ajoutait que les tribunaux refusaient de condamner, faute de représentation des titres primordiaux; ils provoquaient différentes dispositions que le conseil d'État ne jugea point nécessaires, parce que les lois existantes suffisaient pour faire contraindre les redevables, et parce que les dispositions sollicitées, étant législatives, ne pouvaient être prises par le gouvernement.

Mais dans cet avis, qui est du 3 vendémiaire an IX, et qui ne fut point imprimé dans le *Bulletin des lois*, mais seulement envoyé au directeur de la régie de l'enregistrement, le conseil d'État disait que la suppression

point de savoir si et quand les reconnaissances de devoir, insérées dans un testament nul ou révoqué, peuvent servir de commencement de preuve écrite. Nous avons examiné ces questions tom. 5 (V, éd. fr.), n°s 636 et 637, où nous renvoyons le lecteur.

105. Si les actes nuls, à raison d'un vice de forme ou de l'incompétence du notaire, peuvent, en certains cas, former un commencement de preuve, en est-il de même des actes nuls à raison de l'incapacité des personnes? Par exemple, le billet d'un mineur pourra-t-il, après sa majorité, former contre lui un commencement de preuve suffisant pour faire admettre le créancier à prouver par témoins l'emploi utile de la somme prêtée?

Non, sans doute. Celui qui prête de l'argent à un mineur contrevient à la loi. Il suit entièrement la foi du mineur et ne doit pas être admis à la preuve par témoins, qui est un secours qu'on ne doit pas accorder à celui qui a méprisé la prohibition des lois. Ce serait d'ailleurs encourager les usuriers et exposer les mineurs à une ruine infaillible, au moyen de témoins subornés. Le créancier doit donc prouver, par écrit, l'emploi utile de l'argent prêté.

Ajoutez à cela que le billet peut bien prouver le prêt, mais non rendre vraisemblable l'emploi utile, qui n'est fait ordinairement que depuis la numération de la somme prêtée. La décision serait la même, si la destination d'emploi était mentionnée dans le billet; autrement cette mention deviendrait une formule qu'on ne manquerait jamais d'employer pour éluder la loi. Il faut donc, dans tous les cas, prouver par écrit l'emploi utile des deniers prêtés.

Ces décisions doivent également, et par les mêmes raisons, s'appliquer aux obligations de la femme non autorisée de son mari.

A défaut de preuve écrite de l'emploi utile des sommes prêtées, il ne reste d'autre ressource que le serment ou l'interrogatoire sur les faits et articles, qui peut quelquefois former un commencement de preuve écrite, comme nous le verrons bientôt (1).

106. Les énonciations étrangères à la disposition des actes ne peuvent former qu'un commencement de preuve, suivant l'article 1320. *Voyez* ce que nous avons dit de ces énonciations, tom. 4 (VIII, éd. fr.), depuis le n° 150 jusqu'au n° 160.

107. Boiceau, Danty et Pothier, n° 767, donnent encore pour exemple d'un commencement de preuve écrite, le billet par lequel je promets de payer *à tel la somme de* 200 *francs, pour le prix de telles marchandises qu'il me livrera.*

Ce billet n'est point une preuve complète de la créance, puisqu'il ne peut prouver que les marchandises ont en effet été livrées; mais, suivant les auteurs, c'est un commencement de preuve suffisant pour faire admettre la preuve testimoniale de la livraison (2).

108. Passons aux écrits qui, sans parler précisément du fait qu'il s'agit de prouver, contiennent quelques faits analogues, d'où l'on peut conclure, par induction, que ce fait est vraisemblable. De ce nombre, sont les lettres missives qui, dans tous les temps, ont été une source abondante de commencements de preuve par écrit. Nous en citerons quelques exemples. En voici un, tiré de Chasseneuz, qui écrivait sous l'empire de l'ordonnance de Moulins.

Un particulier prétendait avoir confié en dépôt à un autre, qui le niait, une certaine somme d'argent. Le demandeur n'en avait d'autre preuve qu'une lettre missive dans laquelle le défendeur lui mandait : « Je vous satisferai sur ce que vous » savez. » Du reste, pas un mot ni de dépôt, ni d'argent. Cette lettre prouvait un fait certain : c'est que le défendeur était engagé à quelque chose envers le demandeur. Voilà le fait connu.

Mais qu'était-ce que cette chose? Voilà le fait inconnu. Or, que de choses sur lesquelles on peut s'engager de satisfaire une personne! La lettre paraissait donc vague et insignifiante. Cependant, comme le défendeur n'expliquait point quelle était la chose sur laquelle il était engagé à satisfaire le demandeur, il y avait lieu de présumer avec vraisemblance qu'il avait affecté de ne s'expliquer de cette manière obscure, qu'afin de ne pas donner un titre contre lui. Le fait du dépôt allégué était donc vraisemblable, et la lettre formait, dit Danty, ce qu'on appelle un *véritable commencement de preuve par écrit.* Ainsi le jugea le parlement de Paris sur la plaidoirie du savant Chasseneuz, et tous les auteurs qui ont écrit depuis ont unanimement donné l'espèce de cet arrêt pour l'exemple d'un commencement de preuve par écrit.

Danty sur Boiceau, liv. 2, chap. 1er, n° 14, ajoute que la preuve testimoniale aurait dû être accordée, quand même la lettre n'eût pas été adressée au demandeur, mais à quelque autre personne, parce que, ce qui faisait dans cette

---

des rentes féodales ne s'étend ni aux rentes purement foncières, ni aux rentes constituées, ce qui est très-vrai; puis il ajoutait, par simple énonciation, que leur *existence peut se prouver, faute de titres originaires, par des reconnaissances, extrait des registres, et même par témoins dans les cas prévus par les lois.*

Le conseil d'État laissa donc les choses dans l'état où elles étaient sous l'ancienne jurisprudence; il se borna à renvoyer aux lois existantes : or, il n'en existait aucune qui autorisât, en faveur des fabriques, corps et communautés religieuses, une exception à la règle : *Nemo sibi adscribit.* Le conseil d'État refusa d'en provoquer une, et le silence du Code prouve qu'il n'a point voulu faire cette exception.

(1) Rolland, v° *Commencement de preuve par érit*, n° 32.

(2) Pothier, *des Obligations*, n° 767; Rolland, *ibid.*, n° 39; Duranton, t. 7 (XIII, éd. fr.), n° 346.

espèce le commencement de preuve, c'était la reconnaissance tacite du défendeur qu'il devait quelque chose au demandeur (1).

109. Cet exemple fait bien voir, ainsi que nous l'avons déjà remarqué, qu'il n'est pas nécessaire, pour former un commencement de preuve, que l'écrit, présenté comme tel, parle *précisément* du fait inconnu qui est à prouver, et qu'il suffit que cet écrit parle d'un fait *certain*, dont on puisse, par induction, conclure avec vraisemblance la vérité du fait allégué. Nous insistons sur ce point, parce que Danty, auteur d'ailleurs très-estimable, après avoir rapporté, d'après Chasseneuz, l'espèce de l'arrêt du parlement de Paris, que nous venons de citer, et après y avoir trouvé *ce qu'on appelle un véritable commencement de preuve par écrit*, est tombé dans une contradiction choquante, en avançant, dans le numéro suivant, que, pour former un commencement de preuve, *il faut que l'écrit qu'on rapporte parle précisément du fait qu'il s'agit de prouver*.

110. Voici un second exemple, emprunté de Pothier, qui écrivait sous l'empire de l'ordonnance de 1667. Vous m'avez écrit une lettre pour me prier de compter à votre fils, qui habite la même ville que moi, une somme de 300 fr., dont il a besoin pour ses études : je l'ai comptée, mais sans en tirer un reçu de votre fils; il m'a seulement, en la recevant, remis votre lettre, qui ne peut faire une preuve complète que j'ai compté la somme, suivant votre ordre; mais c'est un commencement de preuve écrite, qui doit faire admettre à la preuve testimoniale (2).

111. Bien plus, une simple lettre de recommandation peut former, en ce cas, un commencement de preuve écrite; par exemple, si vous m'aviez recommandé votre fils, en me priant d'en avoir soin, de veiller sur sa conduite, de lui avancer de l'argent pour ses besoins. Une pareille lettre servirait de commencement de preuve des sommes avancées; mais il nous semble qu'en ce cas, le correspondant devrait, en prouvant l'avance, prouver l'emploi utile des sommes avancées; preuve à laquelle il n'est point tenu, lorsqu'il est seulement prié de compter une somme au fils, qui a pu la dissiper et en faire un mauvais emploi. La décision dépendrait des termes dans lesquels serait conçue la recommandation (3).

112. Si, ne pouvant compter à votre fils la somme que vous m'aviez prié de lui remettre, il porte votre lettre à une autre personne de votre connaissance, qui s'en saisit et compte la somme, sans prendre de reçu, cette lettre doit également lui servir de commencement de preuve par écrit. V. Pothier, n° 803 (4); Boiceau et Danty, liv. 2, chap. 2.

113. Les décisions données par ces auteurs sous l'empire de l'ordonnance de 1667 doivent être suivies sous l'empire du Code, dont l'esprit est absolument le même. Voici un dernier exemple tiré de l'espèce d'un arrêt rendu par la cour de cassation, depuis la promulgation du Code.

Les époux Descornaix demandaient à Saint-Aubin 2,400 livres, ou cent louis, que la dame Descornaix lui avait prêtés. Elle produisit une lettre dans laquelle il lui mandait qu'il était au désespoir de ne pouvoir pas rembourser l'argent qu'elle lui avait si obligeamment prêté. Il promettait de vendre un tiers de maison pour acquitter *cette dette sacrée*.

Les Descornaix regardèrent cette lettre comme un commencement de preuve par écrit, et demandèrent à la compléter par témoins.

Saint-Aubin mit beaucoup d'adresse dans sa défense; il reconnut devoir dix-sept louis seulement, et soutint que sa lettre ne pouvait servir de commencement de preuve par écrit de la quotité de la dette, puisqu'elle était muette sur ce point; néanmoins le premier tribunal, et la cour de Trèves, ville alors réunie à la France, regardèrent la lettre comme un commencement de preuve, admirent la preuve testimoniale et le serment des demandeurs. Définitivement Saint-Aubin fut condamné.

Ici, à la différence de l'espèce rapportée par Chasseneuz, la lettre parlait ouvertement du prêt d'argent, et Saint-Aubin en convenait. C'était le fait connu.

Mais elle ne parlait point de la quotité sur laquelle les parties n'étaient point d'accord : c'était le fait inconnu. Ainsi, dans cette espèce, de même que dans celle de Chasseneuz, la lettre ne parlait point précisément du fait qui était à prouver. Les demandeurs soutenaient qu'ils avaient prêté cent louis, le défendeur qu'il n'en avait reçu que dix-sept : qui fallait-il en croire? *Semper in obscuris quod minimum est sequimur.* L. 9, ff. *de reg. jur.*

Saint-Aubin se pourvut donc en cassation, pour fausse application de l'art. 1347, et pour excès de pouvoir, en ce que la cour avait admis le serment supplétoire.

L'existence du prêt, disait-il, était convenue; il n'y avait de contestation que sur sa *quotité* : s'élevait-il à cent louis, ou seulement à dix-sept? telle était la seule question du procès. Pour qu'il y eût commencement de preuve, il faudrait donc, ajoutait-il, que les lettres déterminassent, ou au moins qu'elles indiquassent une quotité plutôt que l'autre : or, elles étaient muettes sur

(1) *Voyez* Pothier, n° 770; Rolland, *loc. cit.*, n° 41; Duranton, t. 7 (XIII, éd. fr.), n° 349.

(2) Pothier, n° 768; Duranton, t. 7 (XIII, éd. fr.), n° 347; Rolland, *loc. cit.*, n°s 42 et 43.

(3) *Voy.* Rolland, *ibid.*, n° 44.

(4) Edit. Tarlier, t. 1, p. 349.

le point contesté; donc ils ne le rendaient pas vraisemblable. Si l'article 1347 était entendu d'une manière plus large, il suffirait d'avoir un écrit où il fût question d'argent, pour y trouver la vraisemblance d'un prêt très-considérable : il ne s'agirait que de corrompre des témoins.

M. Daniels, qui exerçait si dignement le ministère public, dit qu'il était impossible de déterminer les règles générales et absolues de la vraisemblance, parce qu'elle consiste dans un aperçu de l'esprit, résultant de l'ensemble de causes imperceptibles; qu'ainsi les juges sont, à cet égard, livrés à l'impulsion de leur conscience.

Il pensa néanmoins que, tout en ne s'exprimant pas sur la *quotité* de la somme prêtée, les écrits de l'emprunteur, appréciés d'après son état de fortune, ses rapports avec le prêteur, les causes de l'emprunt, et les moyens indiqués pour le payement, pouvaient très-bien rendre *vraisemblable* l'assertion que le prêt consistait dans telle quotité plutôt que dans telle autre. Il conclut au rejet du pourvoi.

Il avait raison : car la vraisemblance est la première règle à suivre dans l'interprétation des actes obscurs, *in obscuris inspici solet quod verisimilius est*, dit la loi 114, *de reg. jur.* Ce n'est qu'à défaut de vraisemblance qu'on en vient à la règle, *quod minimum est sequimur* (1).

Le pourvoi de Saint-Aubin fut rejeté par arrêt du 29 prairial an XIII : « Attendu que de la lettre » écrite par le réclamant il résultait un com» mencement de preuve par écrit, qui autorisait » l'admission de la preuve testimoniale, et que » l'existence d'une dette importante et *sacrée* » se trouvant constatée, tant par écrit que par le » résultat de l'enquête, les juges ont pu, sans » violer aucune loi, ordonner un serment sup» plétoire, et le déférer à la partie qu'ils ont ju» gée la plus digne, d'après leur conscience. »

114. L'espèce de cet arrêt, celle de l'arrêt de Chasseneuz, sont du nombre des commencements de preuve écrite, dont Pothier, nº 805, fait un genre particulier, qui consiste dans les écrits authentiques ou sous seings privés, où se trouve la preuve d'une dette, mais non sa quotité.

Le premier exemple qu'il en donne est celui d'un billet par lequel *je promets payer à tel la somme de cent....., qu'il m'a prêtée.* Je prétends n'avoir emprunté que cent sous; le créancier soutient qu'il a prêté cent écus.

Pothier pense que le billet est un commencement de preuve, qui doit faire admettre le créancier à prouver par témoins que le prêt est de cent écus. S'il ne faisait pas cette preuve, la dette serait réduite à cent sous, suivant la règle, *in obscuris quod minimum est sequimur.*

Mais, pour admettre la preuve, Pothier exige avec raison qu'il y ait de la vraisemblance dans la demande du créancier. Il ne serait pas admis, par exemple, dans l'espèce proposée, à prouver par témoins que le prêt mentionné dans le billet est de 100,000 francs.

Aujourd'hui qu'il n'est plus d'usage de compter en écus, en pistoles, en louis, le doute sur la somme prêtée, qu'on a, par oubli, laissée en blanc dans un billet, est moins étendu. On ne compte plus que par francs et centimes. Or, il n'est pas présumable qu'un billet portant qu'il est dû *cent*, doit s'entendre de cent centimes et non de cent francs. *In stipulationibus... si non appareat quid actum est, erit consequens, ut id sequamur, quod in regione, in quâ actum est, frequentatur.* L. 34, ff. *de reg. jur.* (2).

115. Mais le créancier pourrait-il être admis à prouver qu'il faut, après le mot *cent*, dont la suite ou le complément se trouve oublié, ajouter un second nombre, et demander à prouver que le prêt est de 160, de 180 francs?

Pourquoi non, si la vraisemblance ne s'y oppose pas? Il n'y aurait même aucun doute, si la cause de la dette exprimée dans le billet rendait cette demande vraisemblable. Par exemple, si le billet portait : Je promets de payer à tel la somme de cent..., pour deux hectolitres de froment qu'il m'a vendus à Rennes, le..., et qu'à l'époque de cette date le prix de l'hectolitre fût coté à 80 fr., dans les mercuriales de Rennes : le créancier devrait être admis à prouver par témoins qu'il faut ajouter au mot *cent* ceux de soixante francs, parce qu'il est vraisemblable qu'il n'a pas vendu au-dessous du taux des mercuriales.

116. Les inductions qu'on peut tirer des faits ou des aveux contenus dans un interrogatoire sur faits et articles, forment très-fréquemment des commencements de preuve écrite, suffisants pour rendre vraisemblable le fait allégué, et pour en faire supplétivement admettre la preuve testimoniale (3).

C'est même le plus grand avantage qu'on puisse ordinairement espérer d'un interrogatoire sur faits et articles. On ne s'attend guère, on ne doit pas s'attendre qu'après l'avoir dénié d'abord, le défendeur avoue, dans un interrogatoire, préci-

(1) *Vid.* Vronchorst, sur la loi 9, ff. *de reg. jur.*, et la loi 34, *ibid.*

(2) Pothier, *des Obligations*, nº 750; Rolland, *ibid.*, nº 47.

(3) *Sic* cass., 11 janv. et 18 juillet 1827, 22 août 1832, 19 mars 1833, 6 avril 1836, 19 juin 1839; Boncenne, t. 3, nº 224; Solon, nº 142.

Le refus de répondre peut, comme les réponses, servir de commencement de preuve par écrit. Rouen, 8 avril 1824; Bourges, 30 avril 1838.

— Il en est de même de réponses artificieuses et inexactes. Liége, 30 décembre 1841 (*Jur. de Belg.*, 1842, p. 171).

sément le fait qu'il s'agit de prouver; mais on peut raisonnablement espérer lui arracher la confession ou la reconnaissance de quelques faits trop notoires pour qu'il ose effrontément les nier en présence de la justice; et si ces faits sont de nature à rendre vraisemblable le fait qu'il s'agit de prouver, comme ils se trouvent, après l'aveu qu'il en a fait, consignés dans un acte authentique émané de lui, ils formeront un commencement de preuve écrite, au moyen duquel la preuve testimoniale du fait principal pourra être reçue.

« L'usage de ces sortes d'interrogatoires, dit » fort bien Domat (1), n'est pas seulement d'avoir » la preuve des faits dont celui qu'on interroge » aura reconnu la vérité; mais qu'il la nie, ou la » dissimule, ils peuvent servir à la faire con- » naître, par les conséquences qu'on pourra tirer » contre lui de toutes ses réponses; comme s'il » nie des faits qui lui sont connus et qui sont » certains; s'il en allègue qu'on sache être faux; » s'il varie et chancelle dans ses réponses, ou » s'il reconnaît des faits dont on puisse conclure » la vérité de ceux qu'il a niés. »

117. Bien plus, le silence ou le refus de répondre à l'interrogation ou à l'interpellation, le défaut de se présenter à la justice pour y répondre, peuvent, suivant les circonstances, former une preuve complète, et, par conséquent, un commencement de preuve. C'est une maxime très-ancienne en jurisprudence, et consacrée par nos lois françaises. L'ordonnance de 1667, tit. 10, *des Interrogatoires sur faits et articles*, porte, art. 4 :

« Si la partie ne comparaît point aux jour et » lieu qui seront assignés, ou fait refus de ré- » pondre, il sera dressé procès-verbal sommaire, » faisant mention de l'assignation et du refus; et » sur le procès-verbal, *seront les faits tenus pour » confessés et avérés*, en toutes juridictions et » justices... sans obtenir aucun arrêt ou juge- » ment, et sans réassignation. »

La rédaction de cet article semblait être un ordre aux juges de tenir pour avérés les faits sur lesquels une partie refusait de répondre. Le Code de procédure a changé cette rédaction, il porte, art. 330 : « Si l'assigné ne comparaît pas, » ou refuse de répondre après avoir comparu, *il » en sera dressé procès-verbal sommaire*, et les » faits *pourront être* tenus pour avérés. »

Cette disposition est sage, conforme à la raison et aux principes du droit : sans doute, en bonne logique, on ne peut conclure, en général, que celui qui se tait ou refuse de répondre avoue le fait sur lequel il est interrogé; une foule de considérations, autres que la volonté de dissimuler une vérité nuisible à ses intérêts, peuvent motiver son silence, ou son refus de répondre.

Mais il n'en est pas moins vrai qu'en gardant le silence il ne nie pas : *qui tacet non utique fatetur, sed tamen verum est eum non negare* (2); et s'il est interrogé par la justice, à laquelle un devoir rigoureux l'oblige de dire la vérité tout entière, si de plus il est averti d'avance que son silence ou son refus de répondre seront ou pourront être pris pour un aveu, on est en droit de conclure, avec certitude, ou qu'il reconnaît réellement la vérité du fait sur lequel il est interrogé, ou, tout au moins, qu'il consent que ce fait soit tenu pour avéré.

118. Si le refus de répondre peut, suivant les circonstances, former contre l'interrogé une preuve ou un commencement de preuve écrite du fait allégué, il faut en dire autant des obscurités affectées qu'il met dans ses réponses, pour dissimuler la vérité ou en cacher une partie; des évasions, pour éluder de répondre directement à ce qu'on lui demande; des réponses artificieuses, pour répandre de l'incertitude et des nuages dans l'esprit des juges; des mensonges, qui peuvent mettre sa mauvaise foi en évidence (3).

Toutes ces ruses de la mauvaise foi adroite et subtile, que l'œil du vrai magistrat sait pénétrer et découvrir, peuvent rendre le fait qu'il s'agit de prouver assez vraisemblable pour exiger des approfondissements ultérieurs; et comme ces ruses sont consignées par écrit, elles peuvent former un commencement de preuve, suffisant pour autoriser l'admission de la preuve testimoniale : c'est un point abandonné à la prudence du magistrat (4).

119. Les faits et les réponses consignés dans un procès-verbal de non-conciliation, dressé par le juge de paix, peuvent aussi former un commencement de preuve écrite, et il en est de même du silence gardé sur une interpellation faite par la partie adverse en bureau de paix, ou du refus d'y répondre. Le bureau de paix est établi pour concilier les parties, s'il est possible, et, dans le cas contraire, pour dresser *un procès-*

---

(1) *Lois civiles*, titre *des Interrogations et Confessions des parties*.

(2) L. 142, ff. *de reg. jur.*, cap. 43 et 44. *De Reg. jur. in sexto*, et *ibi*, Dantoine.

(3) Voici, sur ce point important, quelques dispositions des lois romaines, tirées du Digeste, au titre *de Interrogationibus in jure faciendis*, 11. 1.

« Nihil interest, neget quis, an taceat interrogatus, an obscure respondeat, ut incertum dimittat interrogatorem. » L. 11, § 7.)

« Quod ait prætor, *omnino non respondisse* : posteriores sic exceperunt, ut omnino non respondisse videatur, qui ad interrogatum non respondit, id est, πρὸς ἔπος. (L. 11, § 5, id est ad verbum.)

« Voluit prætor adstringere eum, qui convenitur, ex sua in judicio responsione, ut vel confitendo, vel mentiendo sese oneret. » (L. 4, *ibid.*)

Voët, sur le même titre, nº 9, dit fort bien d'après ces textes :

« Silentio comparatur responsum anceps, dubium, incertum, dum nihil interest an taceat interrogatus, an obscure respondeat, an incertum dimittat interrogatorem. »

(4) *Voy.* Solon, *des Preuves*, nº 142; Rolland, vº *Commencement de preuve par écrit*, nº 50.

verbal sommaire de leurs dires, aveux ou dénégations, sur les points de fait. Art. 3, tit. X de la loi du 24 août 1790, concernant l'organisation judiciaire.

Le Code de procédure, article 54, porte aussi que : « Lors de la comparution, le demandeur » pourra expliquer, même augmenter sa de- » mande, et le défendeur, former celles qu'il » jugera convenables; le procès-verbal qui en » sera dressé contiendra les conditions de l'ar- » rangement, s'il y en a; dans le cas contraire, » *il fera sommairement mention que les parties* » *n'ont pu s'accorder.* Les conventions des par- » ties, insérées au procès-verbal, ont force d'o- » bligation privée. »

120. Quelques auteurs (1) ont prétendu que cet article avait abrogé la disposition de l'article 3, tit. X de la loi du 24 août 1790, *par cela seul qu'elle n'a pas été conservée dans le Code;* ils en ont conclu que le procès-verbal de non-conciliation ne doit contenir que la simple mention que les parties n'ont pu s'accorder, et non la mention sommaire de leurs dires, aveux ou dénégations, sur les points de fait.

D'autres néanmoins, pour concilier le vœu de la loi, qui prescrit seulement, disent-ils, de faire une simple mention de la non-conciliation, avec l'intérêt qu'aurait une partie à faire consigner les dires, interprétations et réponses de l'autre, ont cru que la partie intéressée à les faire constater devait requérir le juge de paix de les insérer dans son procès-verbal, et que celui-ci doit y consigner ce réquisitoire, mais qu'il ne doit consigner, dans son procès-verbal, les choses qui font l'objet de ce réquisitoire, qu'autant que la partie adverse déclare y consentir, et que, dans le cas contraire, il doit se borner à faire mention du refus de consentement.

Toute cette doctrine nous paraît inexacte : elle pèche par son fondement. Il nous semble évident que le Code de procédure n'a nullement abrogé la disposition citée de la loi du 24 août 1790 : il ne l'a certainement point abrogée d'une manière expresse ou spéciale, puisque cette abrogation n'est prononcée nulle part.

D'un autre côté, cette même abrogation ne se trouve point comprise dans la disposition générale de l'article 1041 du même Code, qui porte qu'à dater du 1er janvier 1807, « toutes lois, » coutumes, usages et règlements relatifs à la » procédure civile, seront abrogés. »

La loi du 24 août 1790 n'est point une loi relative à la procédure civile, mais à l'*organisation judiciaire;* ce qui est tout différent. Loin d'être abrogée par le Code de procédure, c'est encore cette loi qui règle aujourd'hui l'organisation de la justice de paix et sa compétence (2). C'est la loi vivante en cette matière, et la disposition citée de la loi du 24 août 1790 contient une des attributions des juges de paix. C'est la règle de leurs devoirs sur un point très-important pour toutes les parties.

Serait-elle abrogée par la maxime *posteriora derogant prioribus?* Mais cette maxime n'est applicable que dans les cas où la loi postérieure est contraire à quelque disposition de la loi antérieure, et où les dispositions contraires ne peuvent se concilier; car, comme les lois ne doivent pas être changées, modifiées ni abrogées, sans de puissantes considérations, et, pour ainsi dire, sans nécessité, l'abrogation des lois anciennes par les nouvelles ne saurait se présumer (3). Il faut qu'il y ait contradiction formelle entre les deux dispositions, pour que la loi nouvelle soit censée abroger l'ancienne.

Ce n'est point le cas où se trouvent la disposition citée de la loi du 24 août 1790 et la disposition de l'art. 54 du Code de procédure; loin qu'il y ait contradiction entre elles, la dernière n'est qu'une répétition abrégée de la première. Celle-ci dit que, dans le cas de non-conciliation, le juge de paix doit dresser un procès-verbal sommaire des dires, aveux ou dénégations des parties sur les points de fait.

L'art. 54 du Code de procédure dit que le procès-verbal fera *sommairement* mention que les parties n'ont pu s'accorder : ainsi les deux dispositions disent l'une et l'autre que le juge de paix doit dresser *procès-verbal sommaire;* la première ajoute, qu'il fera mention *sommaire* des dires, aveux et dénégations des parties, sur les points de fait : disposition sage, qui tient à l'ordre public, à la paix de la société, et à l'abréviation des procès. Elle a pour but de recueillir et de constater les aveux ou dénégations qui peuvent échapper aux parties dans les premiers moments où, la contestation n'étant point encore engagée, on peut espérer et présumer que leur conscience n'est point encore endurcie : aveux et dénégations qui sont acquis à l'autre partie, et qui peuvent éclairer la justice, l'aider ou la guider dans la recherche et dans la découverte de la vérité.

Certainement, pour abroger une disposition aussi sage, il aurait fallu une abrogation formelle, que les rédacteurs du Code de procédure se sont bien gardés de prononcer; mais la loi du 24 août 1790 continuant d'être en pleine vigueur, ils se sont contentés de dire dans l'article 54 que le procès-verbal du juge de paix doit faire mention sommaire que les parties n'ont pu s'accorder. Or, pour cela même, ne faut-il pas dire sur quels points, et pourquoi

(1) Cités par Carré, *Analyse du Code de procédure*, quest. 129.

(2) *Voy.* Carré, *Traité et Questions sur le Code de procédure civile*, t. 1, p. 1 et 2.

(3) *Voy.* ce que nous avons dit t. 1, n° 154.

elles n'ont pu s'accorder? Et comment le faire sans mentionner sommairement leurs aveux et dénégations?

Posons donc en principe que le juge de paix peut et doit mentionner sommairement, dans son procès-verbal, les dires, aveux et dénégations des parties sur les points de fait, et que ces aveux ou dénégations peuvent servir, contre ceux qui les ont faits, ou de preuve ou de commencement de preuve écrite, selon les circonstances (1).

121. La cour de cassation a même décidé, par une juste analogie de ce qui a lieu dans les interrogatoires sur faits et articles, que le refus de répondre au bureau de paix à des interpellations relatives à des faits pertinents, peut former un commencement de preuve écrite. Voici l'espèce de cet arrêt :

Le 16 vendémiaire an x (8 octobre 1802), le sieur Monnier demanda à la veuve Bardou, née Gilbert, la somme de 6.000 fr., qu'elle s'était obligée de payer par un billet du 1er juillet 1772, causé pour valeur reçue comptant. Elle le fit appeler au bureau de paix, et elle y posa en fait qu'en 1772, Monnier la recherchait en mariage; que leur union étant contrariée par la mère et par un oncle d'elle, demoiselle Gilbert, Monnier, pour s'assurer de sa foi, exigea d'elle un billet de 6,000 fr., qu'elle eut la faiblesse de lui consentir; que ce billet n'était qu'une sorte de dédit, une garantie qu'elle ne prendrait point d'autre engagement; mais que cet engagement avait été rompu par le sieur Monnier, qui le premier contracta un autre mariage; qu'elle lui avait fait alors demander la restitution de son billet par le curé d'Orsan, auquel il répondit que le billet était déchiré; qu'avant, ni depuis le mariage d'elle, demoiselle Gilbert, avec Bardou, Monnier n'avait jamais parlé de cette créance; que même il avait plusieurs fois acheté d'elle diverses marchandises, qu'il avait payées comptant, sans offrir de compensation; que ce n'est que près de trente ans depuis la date de ce billet, après avoir déclaré plusieurs fois qu'il l'avait supprimé, qu'il s'est avisé de le faire valoir, et qu'il s'est vanté qu'il n'en réclamait le payement que par esprit de vengeance, pour se dédommager de la succession d'un de ses parents, dévolue à elle veuve Bardou.

Après l'articulation de ces faits devant le juge de paix, elle interpella le sieur Monnier d'y répondre, en protestant *qu'elle tirera de son refus les inductions de droit.*

Le sieur Monnier répondit *qu'il n'a aucune explication à donner sur ces faits.* En conséquence, procès-verbal de non-conciliation, où ces faits furent consignés.

L'affaire fut portée au tribunal d'Uzès, qui condamna la dame Bardou au payement du billet.

Sur l'appel, la dame Bardou fit interroger Monnier sur les faits et articles consignés dans le procès-verbal de non-conciliation; il répondit alors par une dénégation absolue. Elle demanda à prouver les faits par témoins; il soutint que la preuve n'était pas admissible.

La cour d'appel considéra que toutes les probabilités ou vraisemblances étaient en faveur des allégations de la veuve Bardou; que les faits de fraude et de simulation suffisaient pour faire admettre la preuve testimoniale; que s'il fallait un commencement de preuve par écrit, il s'en trouve un aussi frappant qu'authentique dans le procès-verbal de non-conciliation, où l'intimé, interpellé avec protestation de tirer du refus de répondre les inductions de droit, a refusé toute espèce de réponse et d'explications sur les faits les plus décisifs.

Par ces considérations, la cour d'appel autorisa la preuve testimoniale : ensuite, sur le vu des enquêtes, elle réforma le premier jugement, et débouta Monnier de sa demande en payement du billet de 6,000 francs.

Monnier se pourvut et soutint, devant la cour de cassation, que le commencement de preuve par écrit ne pouvait résulter que d'une déclaration effective, faite par la partie dans un écrit émané d'elle. Or, disait il, le procès-verbal de non-conciliation n'est point un écrit émané de lui, Monnier; cet écrit ne contient de sa part aucune *déclaration* qui rende le fait vraisemblable; il ne contient que son refus de parler.

Par arrêt du 9 février 1808, la cour de cassation rejeta le pourvoi, attendu que l'article 2 du titre XX de l'ordonnance de 1667 ne reçoit point d'application aux faits de simulation; que l'art. 3 du même titre excepte aussi de la disposition générale dudit article le *cas d'existence d'un commencement de preuve par écrit*, lequel, n'ayant pas été défini par la loi, a été abandonné à l'appréciation des juges (2).

122. Un arrêt de la cour de Rennes, du 23 mai 1810, a aussi jugé que les réponses faites en bureau de paix, et constatées par le procès-verbal de non-conciliation, peuvent former un commencement de preuve par écrit. Nous croyons devoir rapporter ici l'espèce de cet arrêt, qui peut répandre beaucoup de jour sur la matière, et achever de fixer les idées sur ce qu'on doit entendre par un commencement de preuve écrite.

Le 13 janvier 1807, Mahé emprunta 900 fr. du sieur S. : le billet portait l'obligation d'en payer l'intérêt d'un et demi pour cent par mois, jusqu'au parfait payement, si la somme n'était pas remboursée dans deux mois.

En février 1809, le sieur S. cite Mahé en bu-

(1) Carré, sur l'art. 54 du Code de procédure civile.

(2) Cet arrêt est rapporté dans le *Répertoire de jurisprudence*, v° *Interpellation*. (*Voy.* Pothier, *des Obligations*, n° 767 (t. 4, édit. Tarlier); Duranton. t. 7 (XIII, éd. fr.), n° 344; Rolland, v° *Commencement de preuve par écrit*, n° 64; Dalloz, v° *Preuve testimoniale*, n° 54.

reau de paix, pour se concilier sur la demande qu'il entend former du remboursement de la somme de 900 fr., avec les intérêts stipulés dans le billet.

Mahé comparut, et déclara protester « contre » la prétention du sieur S., attendu qu'il a payé, » jusqu'à ce jour, trois pour cent d'intérêt, en » payant cinquante-quatre francs d'avance, tous » les deux mois, à compter de la date du billet, » qu'il offre de précompter sur le montant du » billet, avec les intérêts légitimement dus, » parce que les intérêts usuraires seront passés » à compte, sauf, en cas de non-conciliation, de » porter telle plainte qui sera vue appartenir. »

Le sieur S. se borna à répondre qu'en tout il n'a fait que « profiter du bénéfice de la loi, à » l'occasion du billet en question, qui est anté- » rieur à la loi du 3 septembre 1807. »

Avant d'aller plus loin, faisons quelques réflexions sur cette réponse entortillée. Le sieur S. n'avait point refusé de répondre, comme l'avait fait Monnier, dans l'espèce de l'arrêt précédemment cité. Le sieur S. avait répondu, mais sa réponse n'avait rien de net, rien de positif. Il ne répondait point à ce qu'on lui demandait; ce n'était point une réponse, suivant Ulpien : *Omnino non respondisse videtur, qui ad interrogatum non respondit*. L. 11, § 5, ff. *de interr. in jud. fac.*, 11, 1. On ne pouvait pas précisément conclure de sa réponse qu'il reconnût avoir reçu l'intérêt de trois pour cent par mois, et d'avance; on n'en pouvait pas conclure non plus qu'il le niât. Que trouvait-on dans sa réponse? obscurité affectée, incertitude : elle décelait un homme qui n'ose nier le fait, de peur qu'il ne s'en trouve des preuves dans la suite, mais qui cependant ne veut pas l'avouer, et qui se ménage une excuse dans la disposition immorale de la loi, laquelle n'avait point fixé le taux de l'intérêt. C'est ce qu'il appelle le *bénéfice de la loi*. Cette réponse ambiguë n'est point le langage de la vérité : elle avait manifestement pour but de rendre le juge incertain. Or, suivant le même Ulpien, une pareille réponse équivaut au silence : *Nihil interest..... an taceat interrogatus, an obscure respondeat, ut incertum dimittat interrogatorem.*

Ces conjectures, ces présomptions, que faisait naturellement naître la réponse du sieur S., ne formaient point une preuve du fait, mais elles le rendaient *vraisemblable*. Car il n'eût pas répondu autrement s'il avait voulu cacher la vérité, sans s'exposer à la honte d'être démenti par les preuves qui pouvaient survenir.

Il fit assigner son débiteur devant le tribunal de Lannion; alors, pour la première fois, il osa nier hautement le fait d'usure, que Mahé lui avait reproché au bureau de paix; reproche auquel il avait éludé de répondre nettement. Dans le libelle de son exploit, au contraire, il affirma que Mahé avait faussement allégué avoir payé trois pour cent d'intérêt par mois, et d'avance; il le défia de prouver ce fait calomnieux, pour lequel il réserva de se pourvoir, à fin de dommages et intérêts, etc.

Telle était la réponse que l'indignation, s'il eût été innocent, devait d'abord dicter au sieur S., lorsque Mahé lui reprocha la première fois en face, au bureau de paix, le fait honteux d'une usure énorme et répréhensible; mais, accablé par ce reproche, auquel il ne s'était pas attendu, le sieur S. n'osa pas nier positivement le fait, encore moins menacer, ni protester d'injure.

Ce n'est qu'après s'être remis, après s'être vraisemblablement consulté, qu'il nie et qu'il menace hautement pour effrayer un adversaire qu'il supposait dénué de preuve. Ici la vraisemblance du fait augmente par sa conduite.

Loin d'être effrayé de la menace, Mahé soutint son inculpation, et demanda qu'il lui fût permis d'en informer par témoins; et le sieur S., au lieu de suivre l'action en injure, se borna à soutenir que la preuve testimoniale n'était pas admissible.

Mais les vraisemblances étaient trop fortes pour permettre au tribunal de négliger un approfondissement devenu nécessaire à la découverte de la vérité. Il ordonna la preuve par un jugement interlocutoire, et considérant que le résultat de l'enquête et l'ensemble des circonstances prouvaient l'usure énorme, il ordonna définitivement que les intérêts en sus du taux fixé dans le billet seraient imputés sur le capital.

Sous l'appel, le sieur S. soutint que la preuve n'était pas admissible; qu'en supposant qu'il eût payé des intérêts plus forts que ceux stipulés dans le billet, ce ne pouvait être qu'en vertu d'une convention verbale, dont la preuve testimoniale ne pouvait être admise sans un commencement de preuve par écrit.

Or, la réponse du sieur S, en bureau de paix, n'était pas, disait-il, un aveu du fait d'usure, allégué par Mahé : non, sans doute, pas un aveu formel; mais cette réponse ambiguë, qui n'était ni aveu formel, ni dénégation d'un fait honteux qu'on lui reprochait en face, rendait le fait très-vraisemblable, et formait un commencement de preuve consigné dans un écrit émané de lui Ainsi le jugea la cour de Rennes, dans son arrêt du 23 juin 1810, par lequel : « Considérant que Mahé, cité en conciliation, a » maintenu qu'il avait payé le double de l'in- » térêt stipulé, et d'avance, à compter de la » date du billet; que la réponse souscrite par le » sieur S., loin de le contredire, présente, au » contraire, un aveu au moins implicite du fait » maintenu, puisqu'au lieu de le contester, il » déclare *qu'en tout* il n'a fait que profiter du » bénéfice de la loi, à l'occasion du billet en » question, qui est antérieur à la loi du 3 sep- » tembre 1807;

» Considérant que cette déclaration, qui de-

» vait être admise, comme *émanée* du sieur S..., » quoiqu'il ne l'eût pas écrite, puisqu'il en avait » reconnu l'exactitude en y ajoutant sa signa- » ture, avait au moins *le caractère exigé par la* » *loi pour former un commencement de preuve* » *par écrit*, et suffisait conséquemment pour » autoriser la preuve par témoins ;

» Considérant..... que la loi du 3 septembre » 1807 ne maintient les conventions antérieures » d'intérêt excédant le taux qu'elle détermine, » que dans le cas où il y a stipulation par con- » trats ou autres actes, et qu'il s'agit d'intérêts » perçus au delà de ceux qui avaient été stipu- » lés par écrit ;

» La cour déclare le sieur S. sans griefs » dans son appel (1). »

L'espèce de cet arrêt, parfaitement bien rendu, nous fait voir, ce qu'il faut bien remarquer, que les commencements de preuve écrite ne sont que des présomptions (2), qu'elles ne consistent qu'en conséquences tirées d'un fait connu à un fait inconnu (article 1349); conséquences fondées sur la liaison ou la connexité, plus ou moins grande, qui existe entre le fait connu et le fait inconnu; et comme cette liaison peut être plus ou moins nécessaire, plus ou moins vraisemblable, il est évident que les présomptions peuvent aussi être plus ou moins précises : toutes forment un commencement de preuve plus ou moins faible, suivant qu'elles ébranlent plus ou moins la croyance.

La seule différence qui existe entre les autres présomptions, et celle qui peut, suivant la loi, autoriser le juge à ordonner la preuve par témoins, consiste en ce que le fait connu, qui a de la liaison avec le fait encore douteux, dont on cherche à compléter la preuve, ou à détruire la vraisemblance, doit être consigné dans un écrit émané de celui contre lequel la demande est formée, ou de celui qu'il représente.

123. D'où nous pouvons dès à présent conclure que lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit, auquel se joignent d'autres présomptions graves, précises et concordantes, le magistrat peut se déterminer par ces présomptions, jointes au commencement de preuve écrite, puisque l'article 1353 lui permet de se déterminer par des présomptions *dans les cas où la loi admet les preuves testimoniales* (3).

124. On peut encore conclure que le commencement de preuve écrite autorise le juge à ordonner d'office le serment supplétoire, puisque l'art. 1367 lui permet de l'ordonner, lorsque la demande n'est pas *totalement dénuée de preuve*. C'est conformément à ces principes que la cour de cassation a décidé, par un arrêt du 29 prairial an XIII, que dans une espèce où il existait un commencement de preuve par écrit, qui autorisait l'admission de la preuve testimoniale, « les juges avaient pu, sans violer aucune loi, » ordonner un serment supplétoire, et le défé- » rer à la partie qu'ils ont jugée la plus digne, » d'après leur conscience (4). »

125. Pour que les aveux faits en présence de la justice, et consignés dans les procès-verbaux rédigés par le juge qui reçoit l'interrogatoire, ou dans le procès-verbal de non-conciliation, puissent former un commencement de preuve par écrit, est-il nécessaire que ces procès-verbaux soient souscrits par les parties? Non, sans doute; ce sont des actes authentiques, puisqu'ils sont rapportés par des officiers publics, assistés de leurs greffiers, dans l'exercice de leurs fonctions, et spécialement chargés par la loi de recevoir et de constater par écrit, soit les réponses de l'interrogé, soit les dires, aveux et dénégations des parties, qui comparaissent en bureau de paix. Leurs procès-verbaux font donc pleine foi en justice quoiqu'ils ne soient pas souscrits par les parties. Il suffit qu'il soit fait mention que les parties, ou l'une d'elles, ne savent pas signer, ou n'ont pu le faire.

Bien plus, la mention que l'une des parties a refusé de signer supplée à sa signature. Il n'est pas au pouvoir de celui qui a fait une réponse ou un aveu favorable à l'autre partie, de les rétracter sans motifs légitimes et sans prouver les motifs de sa rétractation. Son refus injuste de signer ne peut priver l'autre partie du droit d'en tirer des inductions. Ce refus ne peut avoir plus

---

(1) L'arrêt est rapporté dans le *Journal des arrêts de la cour de Rennes*, rédigé par Carré et Daguen, p. 149 et suiv.

Dans le même recueil, p. 244, on trouve un arrêt de la même cour, dont la notice porte :

« Que l'art. 1715 du Code s'oppose à ce qu'on admette la preuve testimoniale d'un bail verbal, lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit, si le bail n'a pas eu d'exécution. »

Nouvelle preuve qu'on ne doit pas s'arrêter à la notice des arrêts. Ce recueil est certainement l'un des plus exacts que nous connaissions, cependant la notice est fautive. L'arrêt a jugé en fait que, dans l'espèce, une lettre de la dame Lemerle, que le tribunal de Nantes avait regardée comme un commencement de preuve, n'était point suffisante pour en former un :

« Considérant que la lettre de la dame Lemerle ne » pouvait être envisagée comme un commencement de » preuve par écrit ; qu'elle prouve seulement que la loca- » tion de sa maison et jardin, dont il s'agit, devait être » consignée par écrit ; d'où il suit que cette location était » subordonnée à la passation et à la signature d'un acte » synallagmatique, entre elle et le sieur Dupuy ; que les » propositions entre parties sont demeurées en simple » projet, sans être réputées obligatoires, etc. »

(2) *Vid. supra*, n° 60.

(3) *Voyez* Rolland, n° 51 ; Dalloz, v° *Preuve testimoniale*, n° 202.

(4) *Voyez* un arrêt de la cour de cassation, du 5 juillet 1808, qui confirma un arrêt dans lequel les juges avaient pris, pour commencement de preuve, certains faits reconnus à l'audience, et avaient en conséquence déféré le serment supplétoire. (*Voy.* Dalloz, *ibid.*, n° 216.)

de force que le refus de répondre, lequel, suivant le Code de procédure, peut faire tenir les faits pour avérés.

126. Les aveux ou dénégations, que font les parties ou leurs procureurs, dans les écrits qu'ils produisent devant les tribunaux, peuvent aussi former un commencement de preuve écrite, sauf l'action en désaveu contre le procureur ou l'avoué qui aurait, sans procuration spéciale, fait un aveu nuisible à sa partie (1).

127. Mais les aveux verbalement faits à l'audience par la partie, par son avoué, ou par l'avocat assisté de la partie ou de son avoué, peuvent-ils également faire contre elle une preuve, ou un commencement de preuve?

Il faut distinguer : si, comme elle en a la faculté, l'autre partie a demandé acte de l'aveu verbal dont elle prétend tirer des inductions favorables à sa cause, il dépend de la prudence des juges de faire ou non droit sur cette demande. Si l'acte a été décerné, l'aveu, ainsi constaté, peut sans contredit être opposé à celui qui l'a fait, sans qu'il soit nécessaire qu'il le souscrive sur le registre où sera porté le jugement qui décerne l'acte demandé; car enfin, souscrit ou non, ce n'en est pas moins un aveu *émané* de la partie, et consigné dans un acte authentique (2).

Duparc-Poullain, notre savant maître (3), faisait entre les tribunaux où la cause se plaidait une distinction qu'on ne saurait admettre aujourd'hui. Il posait en principe que, suivant les usages de la Bretagne, toutes reconnaissances faites en jugement doivent être souscrites de la partie ou du porteur de sa procuration, à peine de nullité. « On excepte seulement, dit-il, celles » qui sont faites à l'audience du parlement. » elles sont valables quoiqu'elles ne soient pas » souscrites. »

L'auteur n'appuie cette décision d'aucune loi, d'aucune autorité, et il donne, comme un usage particulier à la Bretagne, la distinction qu'il établit entre les reconnaissances faites à l'audience du parlement et les reconnaissances faites à l'audience des autres tribunaux, sans même en excepter les juridictions royales, les présidiaux, etc.

Quoi qu'il en soit de cette prétendue distinction, fondée peut-être sur la grande autorité du parlement, il est certain qu'aujourd'hui, ni en Bretagne ni ailleurs, aucune distinction ne peut être admise entre la foi due aux actes des tribunaux ou des cours. Les pouvoirs des uns et des autres viennent également du roi, de qui émane toute justice: leurs actes sont également authentiques.

S'il n'a pas été demandé acte des aveux verbalement faits à l'audience par l'une des parties, ou par son procureur, l'autre n'en peut tirer des inductions. Les juges surtout ne peuvent, sans commettre un excès de pouvoir, donner d'office ces aveux pour motifs à leurs jugements. Ce n'est que dans les questions de droit, et non dans les questions de fait, que les juges peuvent d'office suppléer aux dires, moyens et réquisitions des parties.

Mais, s'il existait un commencement de preuve écrite du fait avoué à l'audience, et dont celui qui avait intérêt de le constater, pour en tirer ses inductions, aurait oublié de demander acte, cet aveu, comme un aveu extra-judiciaire, pourrait être prouvé par témoins (4).

128. Les écritures privées qui ne sont pas signées peuvent, selon les circonstances, former un commencement de preuve par écrit : c'est un point reçu dans l'ancienne jurisprudence. Nous avons remarqué *sup.*, n° 63, que l'ordonnance de Moulins permettait la preuve par témoins, lors même que les écritures n'étaient pas signées. Le Code civil n'a rien de contraire à cette jurisprudence; elle est même conforme à ses dispositions, qui de plus accordent, en certains cas, la force d'une preuve complète à des écritures non signées. Nous en avons parlé, tome 4 (VIII, éd. fr.), n° 332 et suiv.

A plus forte raison, ces écritures peuvent avoir la force d'un commencement de preuve. Aussi, nous pouvons remarquer que l'art. 1347 n'exige point que les écrits présentés pour servir de commencement de preuve soient signés, mais seulement émanés de celui contre lequel la demande est formée ou de ses auteurs, ce qui est bien différent. La généralité de ses expressions comprend donc les écritures non signées aussi bien que celles qui le sont. Il appelle un commencement de preuve *tout acte par écrit qui est émané de celui contre lequel la demande est formée.* Or, il est évident qu'un acte écrit de la main du défendeur, mais non signé, n'en est pas moins émané de lui. Si l'écriture était déniée ou méconnue, le demandeur pourrait en

(1) Jugé en ce sens, Bordeaux, 18 janvier 1839.

(2) L'aveu fait par le défendeur en bureau de conciliation, et constaté sur le procès-verbal, n'est pas obligatoire, si le demandeur n'en a pas demandé acte, et si le défendeur a refusé de signer le procès-verbal de non-conciliation. Bruxelles, cass., 11 février 1820 (*Pasicrisie belge* à cette date).

(3) *Principes du droit*, t. 9, p. 277 et 423.

(4) Voici ce que dit à ce sujet Voët, sur le titre du Digeste, *de Judiciis*, 5-1, n° 49 :

« His consequens est judicem ea quæ facta sunt supplere non posse, si a partibus non allegentur, nisi notoria prorsus sint ex instrumentis illis quæ, probationis ergo, in judicio prolata sunt, ne alioquin supplendo ea quæ dubii facti, non tam judicis quam advocati partibus videatur fungi, et patrocinari, potius quam judicare. » Ant. Fab., Cod., lib. 2, tit 7, defin 1; Perez, ad tit. Cod., *Ut quæ desunt advocat. part. judex suppleat*, 2-11.

« Quod si a partibus earumve patronis prætermissa fuerunt quæ juris sunt, recte ea judex suppleverit, etc. » Cod., *Ut quæ desunt advocat. part.*, 2-11.

demander la vérification dans la forme ordinaire, c'est-à-dire tant par titres que par *témoins* et par experts (art. 195 du Code de procédure).

129. La difficulté ne consiste donc qu'à bien discerner quand les écritures non signées peuvent former un commencement de preuve. A cela on ne peut répondre que par des exemples. En voici un donné par Pothier, n° 806 (1).

Je demande à Caïus 300 fr. que je prétends lui avoir prêtés. Je n'en ai d'autre preuve qu'un billet écrit et daté de sa main, mais qui n'est pas signé : il ne suffit donc pas pour faire preuve du prêt. Mais, dit Pothier, il peut, suivant les circonstances, former un commencement de preuve par écrit, qui doit faire admettre la preuve par témoins.

Il est, en effet, contraire à la vraisemblance que Caïus m'ait volontairement remis un billet obligatoire, écrit de sa main, si réellement le prêt n'avait pas été fait ; d'un autre côté, l'omission de la signature ne permet pas d'accorder à cet acte la force d'une preuve, et il n'est pas vraisemblable que j'aie reçu pour titre valable, si ce n'est par distraction, un écrit non signé. Le juge reste donc dans le doute : mais il est de son devoir de chercher la vérité; une enquête respective peut être un moyen de la faire connaître.

Si celui qui a reçu l'écrit non signé est un homme simple, un homme surtout qui ne sait pas lire, la vraisemblance augmente en sa faveur.

La quittance, que le débiteur représente, écrite de la main du créancier, forme, à plus forte raison, un commencement de preuve écrite de la réalité du payement, la libération étant toujours plus favorable.

Pothier observe que, pour former un commencement de preuve, la quittance non signée doit exprimer la dette en acquit de laquelle le payement a été fait. Un reçu vague ne suffit pas (2).

130. Mais ceci mérite explication. Est-il *absolument nécessaire* que la dette soit exprimée? Il nous semble que cela doit dépendre des circonstances. Je reconnais avoir reçu de Caïus la somme de 300 fr. qu'il me devait; et Caïus ne me devait rien autre chose que cette somme de 300 fr. que je lui avais prêtée, et que, postérieurement à la quittance, j'ai la mauvaise foi de lui demander, en lui présentant le billet que je ne lui ai pas remis. Je n'articule aucune autre cause précise d'une seconde créance de 300 fr. Si la quittance était signée, elle formerait une preuve complète de libération. L'omission de la signature la réduit à un simple commencement de preuve; c'est du moins notre opinion, et l'arrêt qui le jugerait ainsi ne pourrait certainement être avec succès déféré à la censure, comme nous le verrons bientôt. Aucune loi ne serait violée.

Il nous paraît du moins certain qu'il n'est pas nécessaire que la quittance non signée réfère précisément le titre de la créance. Ainsi, il n'est pas nécessaire, dans le cas proposé, qu'elle porte que j'ai reçu 300 fr. que me devait Caïus, en vertu du billet en date du....; il suffit qu'elle porte que j'ai reçu la somme de 300 fr. que je lui avais prêtée (3).

131. On peut ajouter à ces exemples les lettres missives, que bien des personnes sont dans l'usage de ne pas signer. Une lettre non signée peut donc former un commencement de preuve. Il serait même bien difficile de ne pas la regarder comme telle, si la suscription portait le timbre de la poste; car alors il serait certain qu'elle a été non-seulement écrite, mais encore envoyée.

132. Il nous paraît encore qu'un contrat sous seing privé, quoique non signé d'une des parties, peut, selon les circonstances, former un commencement de preuve contre celui qui l'a écrit de sa main, quoiqu'il ne l'ait pas signé. Supposons que plusieurs personnes passent ensemble un contrat quelconque : Primus en écrit l'acte de sa main; il met son nom au nombre des contractants, et s'engage personnellement, ainsi qu'eux; mais il ne signe pas, quoique tous les autres aient signé; il ne nous semble pas douteux que cet acte doit former un commencement de preuve contre Primus. Il formerait même une preuve entière, s'il l'avait exécuté en tout ou en partie : il ne peut se plaindre d'avoir été surpris.

133. Au reste, hors le cas des actes sous seing privé en due forme, mais dont la signature est déniée ou méconnue, et dont la loi ordonne expressément la vérification, sans permettre aux juges de la refuser, le Code leur laisse la plus grande latitude de pouvoir sur les questions qui concernent les commencements de preuve écrite; et lors même qu'il déclare tel écrit propre à servir de commencement de preuve, les expressions dont il se sert annoncent qu'il laisse aux juges le pouvoir d'apprécier les circonstances de l'affaire, et de prononcer si elles ne détruisent pas la vraisemblance nécessaire pour former un commencement de preuve.

Par exemple, l'art. 1320 porte que les énonciations, étrangères à la disposition d'un acte authentique, *ne peuvent* servir que de commencement de preuve; l'art. 1335..., que les copies d'un acte, qui n'ont pas été tirées par le notaire qui l'a reçu, *ne pourront* servir que de commencement de preuve par écrit, etc.; l'art. 1336, que la transcription d'un acte sur les registres pu-

(1) Edit. Tarlier, t. 1, p. 243.

(2) *Voy. infra*, n° 469; Pothier, n° 471; Rolland, *loc. cit.*, n°s 55 et 56.

(3) *Voy.* Rolland, n°s 57 et 58.

blics *ne pourra*, même sous les conditions prescrites, servir que de commencement de preuve par écrit.

Il est évident que, par ces expressions *peuvent*, *pourra*, la loi n'intime point un ordre aux juges; elle leur donne seulement une faculté, dont ils peuvent, suivant les circonstances, user ou ne pas user, d'après leurs lumières et leur conscience.

Leur jugement, quel qu'il soit, ne peut être avec succès déféré à la censure de la cour de cassation (1), qui n'est investie que du droit de réprimer les violations formelles à la loi. Or, la loi ne serait violée que dans le cas où les juges prononceraient que l'écrit, indiqué par le Code, n'est pas de nature à former un commencement de preuve; mais, s'ils se bornent à dire que les circonstances de la cause détruisent la vraisemblance que cet écrit pourrait faire naître par lui-même, ils ne font que remplir la mission que la loi leur a donnée.

En ceci, le législateur s'est montré sage. La vraisemblance dépend nécessairement de circonstances que la loi ne peut prévoir, et qui varient à l'infini. Une seule peut altérer ou détruire la vraisemblance. Le même fait qui, dans une affaire, a paru avec raison vraisemblable, peut très-bien dans une autre ne le paraître plus, et ne l'être point en effet. Enfin, comme toutes les circonstances d'une affaire ne se rencontrent presque jamais dans une autre, comme tous les hommes n'ont point la même manière de voir, il en résulte que les jugements les plus justes, rendus par le tribunal le plus éclairé, ne peuvent, dans une autre affaire, être une règle pour un autre tribunal, ni même pour celui qui les a rendus. Les jugements ne peuvent jamais, quel que soit leur nombre, fixer la jurisprudence, puisqu'ils se réduisent à dire que, dans telles circonstances, le fait allégué était ou n'était pas vraisemblable.

ARTICLE III.

Seconde exception à la prohibition. Impossibilité de se procurer une preuve écrite.

SOMMAIRE.

134. Transition à la seconde exception. Impossibilité de se procurer une preuve écrite.
135. L'ordonnance de Moulins n'en parlait point, et pourquoi.
136. Disposition de l'ordonnance de 1667 sur ce point.
137. Les cas d'impossibilité ne sont point une exception.
138. Principes de Pothier sur les cas d'impossibilité. (Art. 1348.)
139. De quelle impossibilité le Code entend parler.
140. Texte de l'art. 1348 sur les cas d'impossibilité.
141. Explication du n° 1, relatif aux quasi-contrats.
142. Aux délits et quasi-délits. Notions générales sur leur nature.
143. Les délits donnent lieu à deux actions : l'action civile et l'action publique.
144. L'action publique ne peut être suivie que dans les tribunaux criminels ; l'action civile, devant les tribunaux civils, et dans les tribunaux criminels, à raison de connexité seulement.
145. Il n'est pas permis d'employer la voie criminelle pour faire admettre indistinctement une preuve testimoniale réprouvée par la loi.
146. Il ne peut y avoir lieu à l'action criminelle, pour réparation d'un délit, que dans les cas où la preuve testimoniale est permise.
147. Application de cette maxime à la violation de dépôt.
148. Le tribunal correctionnel doit rejeter la plainte en violation de dépôt, s'il n'existe ni preuve ni commencement de preuve du dépôt, après avoir interrogé le prévenu, dont les réponses peuvent former un commencement de preuve écrite.
149. Autre application de la maxime aux délits d'abus de confiance.
150. Maxime générale. Quand un délit suppose la réalité d'un fait antérieur, dont la preuve testimoniale n'est pas admissible sans preuve ou commencement de preuve, la plainte ne doit pas être reçue.
151. L'art. 327 du Code est une conséquence de cette maxime, et non une exception au principe que l'action civile ne peut arrêter l'action publique.
152. Autre application de la maxime au délit de bigamie. (Art. 319.)
153. La maxime paraît sans exception. Son application à tous les délits attentatoires à la propriété.
154. L'article 3 du Code d'instruction criminelle est une conséquence du principe que le jugement de la question préjudicielle doit précéder celui de la question principale.
155. Manière de connaître quand on peut prendre la voie criminelle pour réparation d'un méfait.
156. Quoiqu'un délit suppose un fait antérieur, dont la preuve vocale n'est pas admissible, on peut prendre la voie criminelle, si le délit est inséparable de l'acte qui en a été l'objet; par exemple, la suppression d'un testament ou d'un titre, le faux, l'escroquerie, etc.
157. Pour prendre la voie criminelle pour réparation d'un méfait, il faut qu'il soit mis par la loi au rang des contraventions, des délits ou des crimes. Pourquoi le Code n'applique point au dol et à la fraude l'exception qu'il applique aux quasi-délits, moins répréhensibles.

(1) Arrêt de la cour de cassation du 30 avril 1807. *Voyez* aussi ce que nous avons dit t. 4 (VIII, éd. fr.), n° 287; Bruxelles, 24 juin 1824 et 11 avril 1826; req., 6 août 1839.

Voyez Duranton, t. 7 (XIII, éd. fr.), n° 344 ; Rolland, v° *Commencement de preuve par écrit*, n° 61.

158. Principes sur la nature et les caractères du dol et de la fraude.
159. Du dol *bon* et du dol *mauvais*.
160. Exemple remarquable du dol *bon*. La simulation n'est point réprouvée dans les actes, quand elle ne porte préjudice à personne.
161. Les donations déguisées en sont un exemple dans notre jurisprudence.
162. De là cette règle de droit : On peut faire indirectement ce que la loi permet de faire directement.
163. Division du dol *mauvais* en quatre espèces ou classes.
164. On appelle proprement *fraude*, la première espèce de dol, qui a pour but de nuire aux droits des tiers. Exemple. Elle peut toujours être prouvée par témoins, et pourquoi.
165. Règle générale. La défense de prouver par témoins contre et outre le contenu aux actes ne regarde que ceux qui y ont été parties.
166. Les tiers peuvent prouver les fraudes, même par conjectures et présomptions.
167. Deux manières de connaître le dol de la seconde espèce, qui a pour but de tromper l'un des contractants, par simulation, dissimulation ou réticence.
168. Du dol par réticence, ou dol négatif. Exemple dans l'art. 348 du Code de commerce.
169. Celui qui prend de fausses qualités dans un procès, ou qui prend un mode de défense pour tromper la partie adverse, commet un dol négatif.
170. Du dol par simulation, ou dol positif.
171. Il faut qu'il y ait dessein de tromper et dommage réel. *Consilium et eventus damni*.
172. Le dol commis avant, ou au moment du contrat, peut être prouvé par témoins, et pourquoi.
173. Application des principes aux cas de violence ou de crainte, dont la preuve testimoniale est admise.
174. Elle l'est même, lorsque le contrat a été passé devant notaire, et dans une ville.
175. Mais elle ne peut être admise lorsque la foi due aux actes s'y oppose. Il faut recourir à la voie du faux.
176. Il en est de même de l'acte attaqué pour cause de dol.
177. Pour être admis à prouver par témoins le dol ou la violence, il faut articuler des faits précis.
178. Le dol de la troisième espèce, commis depuis le contrat passé sans fraude, mais qui devient l'occasion d'un dol, peut-il être prouvé par témoins? *Junge infra*, nos 190 et 191.
179. Premier exemple, relatif aux reconnaissances portées dans un contrat de mariage, ou dans une quittance simulée de dot.
180. Deuxième et troisième exemples, relatifs à une donation déguisée sous la forme d'un contrat de vente.
181. Dans tous ces cas, il y a non-seulement dol, mais même vol, dans le sens étendu de ce mot.
182. On admettait autrefois la preuve des dols, commis à l'occasion des actes simulés, quand les circonstances *semblaient* caractériser un délit.
183. Les délits n'étaient point alors déterminés, ni les principes sur la foi due aux actes établis par des lois précises; on ne donnait point les motifs du jugement.
184. Aujourd'hui qu'on ne peut s'écarter de l'observation littérale de la loi, on ne peut admettre la preuve des dols postérieurs au contrat. Les tiers seuls y sont admis.
185. On cherche à éluder ces principes, en présentant les circonstances du dol sous la couleur d'un délit.
186. Par exemple, de l'escroquerie. Caractères de ce délit faciles à confondre avec le dol. Lois rendues pour le caractériser.
187. Si le dol, déféré aux tribunaux correctionnels, ne porte pas les caractères de l'escroquerie, ils doivent rejeter l'action ; dans les cas contraires, ils ne doivent pas, dans leur jugement, se borner à l'allégation vague d'escroquerie, ils doivent articuler les faits qui la caractérisent.
188. Le crime de faux est encore un prétexte fréquent pour éluder la loi. Caractères de ce crime. Les tribunaux criminels doivent rejeter la plainte, quand le dol ne présente pas ces caractères.
189. Ces principes diffèrent de ceux de notre ancien droit et de ceux du droit romain.
190. Quand le dol de la troisième espèce peut être prouvé par témoins devant les tribunaux civils ; et no 178.
191. Arrêt de la cour de cassation qui répand du jour sur la matière. Quittance imprudemment donnée.
192. Le dol de la quatrième espèce peut toujours être prouvé par témoins, quand on n'a pu s'en procurer une preuve littérale.
193. Si le fait d'usure peut être prouvé par témoins. Loi nouvelle sur l'usure.
194. Application de l'exception d'impossibilité aux dépôts nécessaires, en cas d'incendie et autres événements imprévus.
195. Si la femme mariée et le mineur sont tenus à rendre le dépôt nécessaire, quand ils allèguent l'avoir perdu.
196. Il faut prouver non-seulement le dépôt, mais encore l'événement qui l'a rendu nécessaire.
197. Si le dépôt est prouvé, mais que la quotité reste incertaine, à qui déférer le serment ? Distinction.
198. L'exception d'impossibilité appliquée aux *obligations* contractées en cas d'accidents imprévus, où l'on n'a pu se procurer une preuve littérale. Explication de l'art. 1348, no 3.
199. Exemple de cette application.
200. Quelle impossibilité dispense de se procurer une preuve littérale, no 139.
201. Le Code est la première loi qui ait déclaré que le cas d'impossibilité n'est pas compris dans la prohibition. Sagesse de cette disposition.
202. Application de l'exception d'impossibilité aux dépôts faits par les voyageurs, en logeant dans une hôtellerie.
203. Cette application prouve que le Code n'entend point parler d'une impossibilité absolue.
204. Application de l'exception au cas de perte d'un titre par cas fortuit.
205. Lois qui en ont parlé.

154. Après avoir examiné la première exception à la prohibition d'admettre la preuve testimoniale au-dessus de 150 francs, exception relative au cas où il existe des commencements de preuve par écrit, nous passerons à la seconde, fondée sur l'impossibilité de se procurer une preuve littérale.

155. L'ordonnance de Moulins a passé cette exception sous silence (1). Le législateur crut sans doute inutile de l'énoncer, parce que personne n'étant tenu à l'impossible, on ne peut reprocher de n'avoir point de preuve écrite à celui qui n'a pu s'en procurer. *Impossibilium nulla obligatio.* (L. 185, ff. *de reg. jur.*)

156. L'ordonnance de 1667 n'a point également parlé de cette exception. Néanmoins, l'article 3 du titre 20 contient deux cas particuliers qui n'en sont que des applications; il déclare n'entendre exclure la preuve par témoins, *pour dépôt nécessaire, ruine, tumulte ou naufrage, ni en cas d'accidents imprévus.*

Ces deux exceptions étaient fondées sur l'impossibilité de se procurer des écrits dans une nécessité pressante.

L'art. 4 contient une autre exception relative aux dépôts faits entre les *mains de l'hôte ou de l'hôtesse* en logeant dans une hôtellerie.

157. Cette exception dérive encore de l'impossibilité de se procurer une preuve écrite, comme nous le verrons dans la suite; mais cette ordonnance n'avait point énoncé le principe général auquel doivent se rattacher toutes ces exceptions, si cependant on peut les nommer ainsi; car, dans la réalité, ces cas prétendus d'exception sont des cas restés dans les règles du droit commun, où l'admission de la preuve testimoniale n'avait point d'autres bornes que la prudence des juges; ce sont des cas dans lesquels la loi n'a pu la défendre. Quel est en effet le fondement de la prohibition d'admettre la preuve testimoniale, dans les matières et dans les cas où cette preuve est interdite par les ordonnances et par le Code civil?

C'est que dans ces cas, c'est que dans ces matières, il n'a tenu qu'à celui qui veut recourir à la preuve par témoins de se procurer une preuve par écrit. Cette doctrine, fondée sur la raison, a été, il y a plus d'un siècle, développée avec netteté par un grand magistrat. « On ne peut, » disait le célèbre avocat général Joly de Fleury (2), « on ne peut observer avec trop d'exactitude » cette sage disposition de l'ordonnance de Moulins, renouvelée par l'ordonnance de 1667, » touchant la preuve par témoins. Le danger

(1) L'édit perpétuel de 1611 passait également sous silence cette exception qui existait de droit. (*Voyez* Anselmo, *ad ed. perp.*, art. 20 et 21, § 20, p. 202.)

(2) Dans un plaidoyer du 2 août 1706, rapporté à sa date dans le *Journal des Audiences.*

» était trop grand de soumettre à la disposition » de témoins, souvent prévenus, quelquefois » même corrompus, l'état et la fortune des » hommes. Mais il a fallu que les lois, en » excluant cette sorte de preuve, en introduisissent une autre qui fût moins suspecte; c'est » par cette raison qu'elles ont ordonné, par une » première disposition, *qu'il serait passé des* » *actes devant notaire, ou sous seing privé, de* » *toutes choses excédant la somme de cent livres* » (aujourd'hui 150 francs) (1); et cette sûreté » étant établie, elles ont voulu, par une seconde » disposition, *qu'il ne fût accordé aucune preuve* » *par témoins, contre et outre les contrats et* » *autres actes.*

» Mais cette dernière disposition est une suite » et une conséquence nécessaire de la première; » il est hors de doute que, lorsque la première » disposition doit cesser, la seconde ne peut » subsister.

» Or, quand la loi a voulu qu'il fût passé des » actes de toutes choses excédant la valeur de » cent livres (150 fr.) (2), elle n'a pu certainement comprendre dans sa disposition que les » choses dont on peut passer des actes. La loi, » toujours sage, n'a pas voulu réduire les hommes à pratiquer une chose impossible; c'est » pour cela que les choses qui ne peuvent se » réduire par écrit, qui ne sont pas susceptibles » de convention, n'ont *jamais été comprises* dans » cette disposition. Tels sont en particulier tous » les délits qui, bien loin de pouvoir faire matière d'un acte, se commettent toujours avec » la précaution du secret.

» Si, dans ces cas, il n'est pas possible d'avoir » des actes pour les prouver, et que la première » disposition de l'ordonnance ne puisse avoir » lieu, on ne peut douter que la seconde disposition n'y ait aucune application. Elle ne défend la preuve par témoins que parce qu'elle » enjoint de passer des actes; elle ne peut donc » la défendre dans les cas où il n'est pas possible d'avoir cette sûreté. »

Les cas d'impossibilité ne sont donc point réellement des exceptions; ce sont des cas qui n'ont *jamais* été, qui n'ont *jamais* pu être compris dans la prohibition. Cette vérité, démontrée par le raisonnement, est antérieure aux lois qui ont défendu de recevoir la preuve par témoins au-dessus de cent francs; mais elle n'était énoncée par aucune disposition spéciale de la loi. Il en est arrivé que les auteurs anciens s'étaient réduits à des énumérations plus ou moins longues des cas où les cours avaient reçu la preuve testimoniale, nonobstant la prohibition.

158. Pothier sentit le vice de cette méthode. Il proposa, n°s 786 et 810 (3), deux principes, dont les conséquences, bien déduites, peuvent suffire pour résoudre toutes les questions sur l'inadmissibilité de la preuve par témoins.

Premier principe. Celui *qui a pu se procurer une preuve écrite n'est pas admis à la preuve testimoniale pour les choses excédant la valeur de 100 livres* (aujourd'hui 150 fr.).

Deuxième principe. *Toutes les fois qu'il n'a pas été possible de se procurer une preuve écrite, la preuve testimoniale est admise.*

Ces deux principes ont une corrélation intime. Celui-ci est la conséquence nécessaire de celui-là. On les trouvait implicitement compris dans les ordonnances. Enfin, le Code a littéralement énoncé le dernier dans l'art. 1348, qui porte : « Les règles ci-dessus reçoivent encore » exception, toutes les fois qu'il n'a pas été possible au créancier de se procurer une preuve » littérale de l'obligation qui a été contractée » envers lui. »

159. Mais qu'entend le Code par cette impossibilité (4) qui dispense le demandeur de représenter la preuve littérale que la loi lui ordonne de se procurer? Ce n'est pas seulement une impossibilité physique et absolue, il eût été injuste de l'exiger. L'impossibilité morale relative au cas où se trouvait le demandeur suffit sans contredit; mais faut-il que l'impossibilité soit absolue, au moins dans le cas particulier présenté pour excuse? Non encore. Ce serait user d'une rigueur excessive; et par les exemples qu'il donne, le Code fait assez connaître qu'il n'exige point une impossibilité absolue, mais une simple impossibilité morale, une grande difficulté locale ou momentanée, un grand embarras de se procurer un écrit. Ces dispositions laissent sur ce point une grande latitude de pouvoir au magistrat, *suivant la qualité des personnes et les circonstances du fait.* Ceci s'éclaircira en examinant les applications que l'article 1348 donne pour exemple des cas d'*impossibilité* (5).

---

(1) D'après l'édit perpétuel de 1611, 300 liv. artois.

(2) *Idem.*

(3) Edit. Tarlier, t. 1, p. 239 et 244.

(4) *Junge infra*, n° 200.

(5) La jurisprudence constante des cours a admis que l'exécution de l'article 1348 n'est pas applicable aux cas dans lesquels il n'a pas été possible aux parties de se procurer une preuve écrite, et l'impossibilité que le législateur a eu en vue n'est pas seulement une impossibilité physique, mais aussi une impossibilité morale, qui naît des circonstances, et encore que cette impossibilité morale n'a pas besoin d'être absolue. (Cassation, 4 octobre 1816; Bourges, 24 novembre 1824; Dalloz, v° *Preuve testimoniale*, n°s 217 et suiv.; Delvincourt, t. 2, p. 626, notes.) Bornons quelques exemples.

L'impossibilité morale telle, par exemple, que celle où se trouve une fille qui a demeuré chez ses parents, d'avoir une preuve qu'elle possédait des effets personnels chez ses père et mère, lui rend applicable l'exception posée par l'art. 1348, et l'autorise conséquemment à en faire la preuve par témoins. (Bourges, 19 mai 1826.) Mais on ne peut dire qu'il y a impossibilité de se procurer une preuve écrite dans la position d'un débiteur qui, pour qu'un créancier se départît d'une surenchère, lui a remis une certaine somme. (Toulouse, 10 février 1827.)

Le domestique qui ne justifie pas qu'il a été dans l'im-

140. Cette seconde exception, dit-il, s'applique:

« 1° *Aux obligations qui naissent des quasi-* » *contrats et des délits ou quasi-délits;*

» 2° Aux dépôts nécessaires *faits en cas d'in-* » *cendie, ruine, tumulte ou naufrage*, et à ceux » faits par les voyageurs en logeant dans une » hôtellerie, le tout suivant la qualité des per- » sonnes, et les circonstances du fait;

» 3° Aux obligations contractées en cas d'ac- » cidents imprévus, où l'on ne pourrait pas avoir » fait des actes par écrit;

» 4° Aux cas où le créancier a perdu le titre » qui lui servait de preuve littérale, par suite » d'un cas fortuit, imprévu et résultant d'une » force majeure. »

141. Les applications faites dans le premier numéro sont presque toujours dans les cas d'impossibilité absolue de se procurer une preuve écrite. Les obligations qui naissent de ce qu'on appelle les *quasi-contrats* se forment sans le fait, sans la participation de celui envers qui elles sont contractées. Il n'était pas en son pouvoir de s'en procurer une preuve littérale. On ne peut, par conséquent, lui refuser la preuve testimoniale des faits qui ont produit les obligations, à quelque valeur, à quelque somme qu'elles puissent s'élever.

Prenons pour exemple le quasi-contrat *negotiorum gestorum*. Si, pendant mon absence, Paul a fait valoir mes terres, recueilli mes moissons ou mes vendanges, vendu mes blés, mes vins, etc., il me doit compte de cette administration. S'il nie les faits, je puis les prouver par témoins, car je n'ai pu m'en procurer une autre preuve.

Je puis prouver par témoins, non-seulement les faits d'administration, les faits de la perception des fruits, mais encore le prix qu'il a vendu les blés, les vins, et je ne suis point obligé de m'en tenir à une estimation par experts, ni même au prix des mercuriales, si je puis prouver, par témoins dignes de foi, que Paul a vendu à un prix supérieur; car je n'ai pu me procurer une preuve littérale du prix auquel il a vendu.

Ceci doit s'appliquer même à celui qui régit les biens en vertu d'un mandat. Si, dans ses comptes, il cote le prix des grains à un prix moindre qu'il ne les a réellement vendus, le mandant peut offrir de prouver par témoins que ces grains ont été vendus à un prix supérieur; car il n'a pu s'en procurer une preuve écrite. C'est même un dol, de la part du régisseur, que de coter le prix des grains au-dessous de celui qu'il les a vendus (1).

142. L'application que fait l'article 1348, aux délits et aux quasi-délits, du principe que la preuve testimoniale est admissible toutes les fois qu'on n'a pu s'en procurer une littérale, mérite une explication plus étendue; et, pour la bien entendre, il faut se rappeler quelques notions générales sur la nature des délits et quasi-délits. « Tout fait *quelconque* de l'homme, qui cause du » dommage à autrui, oblige celui par la faute » duquel il est arrivé, à le réparer. » (Art. 1382.)

Cette réparation est due, lors même qu'il n'y a pas eu dessein de nuire, mais seulement imprudence, négligence ou omission. L'ordre de la société n'exige pas seulement que nous ne fassions volontairement mal à personne, il exige de plus que nous prenions les précautions nécessaires pour n'en pas causer même involontairement, et, faute de les prendre, la loi nous impose l'obligation de réparer le tort causé par notre imprudence, ou par notre négligence. « Chacun » est responsable du dommage qu'il a causé, » non-seulement par son fait, mais encore » par sa négligence, ou par son imprudence. » (Art. 1383.)

C'est alors ce que l'on appelle un *quasi-délit*, que l'on peut définir tout fait, toute omission, par lequel une personne, sans malignité, sans dessein de nuire, mais par une imprudence, ou par une négligence qui n'est pas excusable, cause du préjudice à autrui; il est bien évident que la personne lésée a été dans l'impossibilité de se procurer la preuve écrite d'un quasi-délit, commis involontairement, et sans dessein de nuire.

S'il y a eu dessein de nuire, malignité, c'est alors un délit dans l'acception la plus étendue de ce mot, qui comprend tous les crimes proprement dits, et toutes les actions répréhensibles, toutes les actions faites à dessein de nuire. Les délits, pris dans ce sens étendu, s'appelaient autrefois *méfaits*, mot énergique qui comprend, comme l'indique son origine, toutes les actions mauvaises ou nuisibles : *maleficia*. Il y avait des méfaits qui étaient *crimes*, d'autres qui ne l'étaient pas (2) : *méfait* était le genre, *crime*

---

possibilité de se procurer la preuve littérale des sommes qu'il a prêtées à son maître, ne peut être admis à les prouver par témoins. (Bordeaux, 13 juin 1833.)

Remarquons d'ailleurs, avec Favard de Langlade, que si la loi n'énumère que quatre cas dans lesquels le créancier ne peut se procurer un titre, ces exemples ne sont pas limitatifs, et ne font que consacrer le principe qui admet la preuve orale toutes les fois qu'il n'a pas été possible de se procurer une preuve littérale. (*Voyez* Favard, v° *Preuve*, § 1, n° 20.)

D'où il suit que lorsqu'un notaire, par exemple, refuse de délivrer expédition d'un acte, en niant qu'il ait été passé devant lui, on peut prouver par témoins l'existence de l'acte, quelle que soit la somme qu'il a pour objet. Ainsi encore l'ivresse d'une partie contractante, lorsqu'on l'invoque pour faire annuler le contrat, peut être prouvée par témoins. (Agen, 16 février 1813; Colmar, 27 août 1819; Angers, 12 décembre 1823.)

Par identité de raison, un particulier qui n'a pu se procurer une preuve littérale de l'exécution volontaire d'un acte est recevable à le prouver par témoins. (Bordeaux, 3 février 1830.)

(1) Pothier, n° 778; Duranton, t. 7 (XIII, éd. franç.), n° 336; Delvincourt, tome 2, page 623, notes; Dalloz, v° *Preuve testimoniale*, n° 232.

(2) Le chap. 30 de la coutume de Beauvoisis, rédigé

l'espèce. Faute d'avoir conservé ce mot dans notre nouvelle législation criminelle, on a été forcé d'y employer le mot *délit* en deux acceptions différentes; l'une générale, qui comprend tous les *méfaits;* l'autre, plus resserrée, qui n'en comprend que certaines espèces, ce qui est un défaut. Aussi, dès le premier article, les rédacteurs du Code des délits et des peines ont été contraints d'employer, au lieu du mot *méfait,* le mot *infraction*, beaucoup plus vague, beaucoup moins énergique.

143. Tout méfait donne essentiellement lieu à une action civile, pour la réparation du dommage qu'il a causé.

Mais les méfaits ou délits qui troublent la paix publique ou le maintien de l'ordre social donnent lieu à une action d'autre nature, qu'on appelle l'*action publique*. Les lois, pour punir et pour réprimer les malfaiteurs, prononcent contre eux des peines plus ou moins graves, suivant les circonstances du fait et l'importance du trouble qu'ils occasionnent à la société. C'est la nature des peines prononcées contre ces malfaiteurs qui a servi, dans notre législation nouvelle, à diviser les méfaits en trois grandes classes principales, les *contraventions*, les *délits*, et les *crimes;* et à déterminer la compétence des tribunaux qui doivent en connaître.

« L'infraction que les lois punissent des peines » de police est une contravention. » La connaissance en est déférée aux tribunaux de simple police.

« L'infraction que les lois punissent de peines » correctionnelles est un délit. » La connaissance en est déférée aux tribunaux correctionnels.

« L'infraction que les lois punissent d'une » peine afflictive ou infamante est un *crime.* » (Art. 1er du Code pénal.) La connaissance en est portée aux cours d'assises.

144. La poursuite des *contraventions*, des *délits* et des *crimes*, est, comme nous l'avons déjà dit, ce que l'on appelle *action publique*. Elle n'a d'autre objet que l'application des peines, l'exécution des lois qui les prononcent. Elle appartient donc, par sa nature, à la puissance exécutive. Elle est exercée au nom du roi, en qui seul cette puissance réside, par des magistrats qu'il nomme et qui le représentent. C'est par eux seuls que l'action publique peut être suivie devant les tribunaux criminels, spécialement institués pour en connaître.

L'action civile, au contraire, qui n'a d'autre objet que la réparation du dommage causé, n'appartient, par sa nature, qu'à ceux qui l'ont souffert; eux seuls peuvent l'exercer. Elle est régulièrement de la compétence des juges civils; mais à raison de connexité, elle peut aussi « être » poursuivie en même temps, et devant les » mêmes juges que l'action publique » (art. 3 du Code d'instruction criminelle), c'est-à-dire, devant les tribunaux criminels, soit de simple police, soit de police correctionnelle, soit enfin devant les cours d'assises ou spéciales. Dès qu'un délit est déféré aux juges criminels, ils peuvent le rechercher et le poursuivre, non-seulement dans l'acte qui le constitue, mais encore dans tous les faits, dans toutes les circonstances, même de pur intérêt civil, qui l'accompagnent, ou dont le concours est nécessaire pour qu'il ait pu être commis.

Ainsi, par exemple, lorsqu'un débiteur en faillite est accusé d'avoir souscrit des billets simulés, en fraude de ses créanciers légitimes, les juges criminels peuvent connaître de la simulation de ces billets, et s'ils les trouvent en effet simulés, ils peuvent, en les annulant, condamner aux peines de la banqueroute frauduleuse, non-seulement le prétendu débiteur, mais encore les créanciers supposés qui les ont reçus de lui (1).

Ainsi, lorsqu'un particulier en accuse un autre de lui avoir surpris une obligation ou une quittance par escroquerie, il peut s'adresser aux juges de police correctionnelle, qui doivent décider si c'est réellement d'un fait d'escroquerie que dérive l'obligation ou la quittance; et dans le cas d'affirmative, les déclarer nulles, et condamner le prévenu aux peines prononcées par la loi, ainsi qu'aux dommages et intérêts, s'il y a lieu.

De là, un moyen, ou plutôt un prétexte fréquemment employé, dans tous les temps, pour éluder la disposition des lois civiles, qui défendent de recevoir la preuve testimoniale de *toutes choses excédant la somme ou valeur de* 150 *francs, même pour dépôts volontaires*, etc. (2). (Art. 1341 du Code, ordonnance de 1667.)

145. Les procès criminels, au contraire, quel que soit leur objet, quelle qu'en soit la valeur, admettent nécessairement tous les genres de

en 1280, traite de *meffez* ou méfaits, et quelle vengeance doit être prise de chacun *meffet*, soit en cas de *crime*, soit en autre cas qui n'est pas *crime*. *Voyez* aussi Vinnius, in Instit. *de oblig. quæ ex delicto nascuntur*. In princ., lib 4, tit. 1.

(1) *Voy.* les *Questions de droit*, vo *Simulation*, § 1, et vo *Suppression de titres*, § 1, p. 154, 2e édition.

(2) Remarquez pourtant que s'il suffisait de porter une plainte sur un fait qualifié délit pour être admis à la preuve testimoniale, ce serait un moyen facile d'éluder la loi. On a fait une distinction qui se résume en ces termes : qu'il n'y a pas lieu à l'action criminelle pour un fait que la loi civile défend de prouver par témoins, c'est-à-dire que si le délit ou quasi-délit suppose l'existence antérieure d'un fait dont la loi civile rejette la preuve testimoniale, cette preuve ne peut être reçue ni au civil ni au criminel, s'il n'y a commencement de preuve par écrit; s'il ne s'agit que d'un fait coupable, sans antécédent ni contrat contesté, il peut être prouvé par témoins. *Voy.* Duranton, t. 7 (XIII, éd. fr.), no 312; Merlin, *Questions de droit*, vo *Suppression de titres;* Rolland, nos 93 à 97; Bruxelles, 16 novembre 1837 (*Jur. de Belg.*, 1838, p. 199).

preuve, et par conséquent la preuve par témoins, aussi bien que la preuve par écrit. On affecta donc de prendre la voie criminelle pour se ménager la ressource de la preuve testimoniale, rejetée par les tribunaux civils; mais afin de proscrire ce détour abusif, employé surtout en matière de dépôt volontaire, l'ancienne jurisprudence, fondée sur une foule d'arrêts (1), établit pour principe, *qu'il n'est pas permis d'employer la voie criminelle pour se procurer indirectement une preuve testimoniale réprouvée par la loi* (2).

146. Ce principe, qui n'est pas seulement applicable au dépôt, est très-vrai à tous égards. Néanmoins, la rédaction en est trop vague pour nous apprendre à distinguer, d'une manière précise, les cas où l'on peut, ou non, prendre la voie criminelle: et, sous l'empire des lois nouvelles, comme sous l'empire des anciennes, on a continué d'agir au criminel pour tenter d'éluder la défense d'admettre au civil la preuve testimoniale. Ces tentatives ont donné lieu à beaucoup de contestations, à beaucoup d'erreurs de la part des juges, à beaucoup d'arrêts de la cour supérieure pour redresser ces erreurs. Il n'est point étonnant qu'on s'y soit mépris. Il paraît difficile, au premier abord, de concilier la disposition des lois civiles sur la défense d'admettre la preuve testimoniale au-dessus de 150 fr., avec celle des lois criminelles, qui permet de poursuivre l'action civile *en même temps et devant les mêmes juges que l'action publique.*

Il est pourtant certain que, par cette disposition, le législateur n'a voulu ni détruire celle de l'art. 1341, et des lois antérieures sur la prohibition de la preuve par témoins, ni même y faire une exception au moyen de laquelle on pourrait, en certains cas, prouver indirectement par témoins, contre et outre le contenu aux actes. Comment donc concilier ces différentes dispositions?

Comment? Par une maxime qui dérive de ces dispositions mêmes, et qui n'est autre chose qu'une juste limitation de leur application aux cas que chacune d'elles a en vue; un développement ou une rédaction plus exacte du principe de l'ancienne jurisprudence.

Cette maxime, établie par un savant magistrat (3), est *qu'il ne peut y avoir lieu à l'action criminelle, que dans les cas où l'action civile permet la preuve testimoniale;* en d'autres termes, que, *partout où la preuve testimoniale est interdite, l'action criminelle ne doit pas être reçue,* pour réparation d'un délit.

147. S'il en était autrement, les articles 1341 et 1923 du Code civil, par exemple, auraient vainement interdit la preuve testimoniale du dépôt volontaire. Rien ne serait plus facile que d'en éluder les dispositions, au moyen de la voie criminelle. L'art. 408 du Code pénal (4) punit d'un emprisonnement plus ou moins long, et d'une amende, quiconque aura détourné ou dissipé, au préjudice du propriétaire, des effets, deniers, billets, quittances, ou tous autres écrits qui ne lui auraient été remis qu'à titre de dépôt, et à la charge de les rendre ou représenter, etc. Celui qui prétendrait avoir confié une somme, ou autre objet quelconque, à titre de dépôt, sans s'en faire donner une reconnaissance écrite, ne manquerait jamais de citer en police correctionnelle le prétendu dépositaire, et de l'accuser d'avoir dissipé le dépôt. Par cette voie détournée, il se ménagerait la ressource de le prouver par témoins. Il faut donc, de deux choses l'une, ou dire que le Code civil ne contient que des dispositions illusoires sur la manière de prouver les dépôts volontaires, ce qui serait absurde; ou admettre pour principe qu'on ne peut, par l'emploi détourné d'une procédure criminelle, faire accueillir, sur le fait d'un dépôt volontaire, une preuve par témoins qui serait rejetée dans une instance civile. On ne peut jamais faire indirectement ce que la loi défend de faire directement. On ne peut, suivant le principe de l'ancienne jurisprudence, employer la voie criminelle pour se procurer la preuve testimoniale réprouvée par la loi.

148. De ce que nous venons de dire sur l'application de notre maxime au dépôt volontaire, il résulte que, si le fait du dépôt n'est pas constant, s'il n'est pas constaté par écrit, ou s'il n'en existe pas un commencement de preuve écrite, qui autorise à recevoir la preuve testimoniale pour complément, la violation d'un dépôt, quoique mise, par l'art. 408 du Code pénal, au rang des délits, ne peut néanmoins être poursuivie, avant que la preuve du dépôt soit acquise (5); et que le tribunal correctionnel, auquel on porte plainte de la violation d'un dépôt, dont il n'existe ni preuve écrite, ni commencement de preuve, ne peut connaître de la plainte; mais qu'il doit se déclarer incompétent, et dire qu'il n'y a pas lieu à plainte, sauf aux parties à se

(1) *Voy.* la *Nouvelle Collection de Jurisprudence* ou le *Nouveau Denisart*, v° *Dépôt*, § 1, p. 269 et suiv. Les auteurs y confirment cette jurisprudence par un arrêt du parlement de Dijon du 3 juillet 1670, et par cinq autres arrêts du parlement de Paris, des 7 avril 1664, 16 mars 1723,... mars 1724, 22 mai 1765 et 9 août 1766.

(2) *Voyez* un arrêt de la cour de Bruxelles du 15 février 1821.

(3) Merlin, *Quest. de droit*, v° *Suppression de titres.*

(4) Les peines portées par cet article sont encourues par le mandataire gratuit ou salarié, qui détourne ou dissipe les sommes qu'il doit administrer et rendre. *Voy.* l'arrêt de la cour de cassation du 18 novembre 1813 (Sirey, 1814, p. 18), et le réquisitoire de Merlin (*ibid.*, p. 50).

(5) Telle est la jurisprudence constante de la cour de cassation. *Voyez* l'arrêt du 12 messidor an XI, rapporté dans les *Questions de droit* de Merlin, v° *Suppression de titres*, l'arrêt du 21 mars 1811, l'arrêt du 5 mai 1815 et plusieurs autres.

pourvoir comme elles aviseront; ou les renvoyer directement à fins civiles, après avoir néanmoins interrogé le prévenu (1); car il peut résulter de son interrogatoire une preuve du dépôt, ou un commencement de preuve, qui autoriserait à compléter la preuve par témoins.

Et pourquoi le tribunal de police correctionnelle, lorsqu'il n'existe, sur le fait du dépôt de la violation duquel on se plaint, ni preuve écrite, ni commencement de preuve, doit-il se déclarer incompétent? C'est que le fait du dépôt constitue une question préjudicielle, une question principale et préalable, dont la connaissance rentre évidemment dans la compétence exclusive des tribunaux civils, et qui ne peut être jugée que conformément aux dispositions de la loi civile; et que, par conséquent, tant que les tribunaux civils n'y ont pas statué définitivement, les juges correctionnels doivent surseoir à l'instruction de la plainte (2); car le dépôt et la violation du dépôt sont deux actes divisibles et réellement séparés. Le délit n'est pas dans le dépôt : il est dans un acte postérieur, dans la destruction ou la suppression de la chose confiée au dépositaire. Ainsi, de ce que les juges correctionnels sont compétents pour statuer sur le délit, il ne s'ensuit pas qu'ils soient aussi compétents pour statuer sur le fait du dépôt.

Sans doute, la destruction de la chose déposée est un délit; la partie qui s'en plaint n'a pu s'en procurer une preuve littérale : on peut donc la prouver par témoins.

Mais elle suppose un fait préalable, un dépôt qui l'a nécessairement devancée; car, point de dépôt, point de délit. Or celui qui a confié un dépôt a pu et dû, au moment où il le confiait, en retirer une reconnaissance; la loi le lui ordonnait. S'il ne représente pas cette reconnaissance, il ne peut être admis à prouver le dépôt par témoins. Mais, dès qu'il n'y a point de dépôt prouvé, il est impossible d'admettre l'idée de la destruction du dépôt. Ainsi, l'inadmissibilité de la preuve testimoniale du dépôt entraîne l'inadmissibilité de la preuve testimoniale du fait que la chose prétendue déposée a été détruite ou détournée par le dépositaire; et si la preuve testimoniale est inadmissible pour établir cette prétendue destruction, on n'en peut faire l'objet d'une procédure criminelle, même dans le cas où le ministère public agit seul et d'office contre le prétendu violateur du dépôt (3).

149. La maxime, qu'il ne peut y avoir lieu à l'action criminelle que dans le cas où la loi civile permet la preuve testimoniale, ne s'applique pas seulement au délit de violation du dépôt; elle est générale. Elle s'applique, par exemple, au délit d'abus de confiance, prévu par l'art. 407 du Code pénal, qui porte : « Quiconque, abusant » d'un blanc seing qui lui aura été confié, aura » frauduleusement écrit au-dessus une obliga- » tion ou décharge, ou tout autre acte pouvant » compromettre la personne ou la fortune du » signataire, sera puni des peines portées en » l'art. 405, » c'est-à-dire l'emprisonnement et l'amende.

Si je veux traduire en police correctionnelle le faux ami à qui j'ai imprudemment confié un blanc seing, dont il a abusé, je dois, s'il le nie, prouver l'existence et la remise du blanc seing; car, dans ce cas, comme dans le précédent, il y a question préjudicielle. Point de blanc seing, point de délit. L'abus du blanc seing présuppose son existence. Je dois donc la prouver préalablement. Or la remise ou le dépôt d'un blanc seing ne peut pas plus qu'un dépôt ordinaire être prouvée par témoins. Il faut donc que je la prouve par écrit, par la reconnaissance que j'ai dû prendre au moment de la remise; ou, tout au moins, il faut qu'il existe un commencement de preuve écrite, qui autorise à la compléter par témoins. C'est dans ces cas seulement que le tribunal correctionnel peut et doit avoir égard à

(1) *Voy.* l'arrêt du 20 fructidor an XII, et le plaidoyer de Merlin, sur lequel il fut rendu, *Questions de droit*, vº *Suppression de titres;* le considérant de cet arrêt porte :

« Qu'à la vérité, lorsqu'un délit présuppose une con- » vention antérieure, dont la preuve testimoniale n'est » pas admise par la loi, il serait inutile, et il est par suite » défendu de prouver le délit par témoins, tant que la » convention n'est pas prouvée par une autre voie légale; » parce que le défaut de preuve légale de la convention » entraîne nécessairement la conséquence que le délit n'a » pas été commis; mais que de là il ne résulte pas que » la plainte et les premiers actes de la procédure crimi- » nelle, relativement à un pareil délit, soient nuls, qu'il » en résulte seulement que, si le prévenu, dans son pre- » mier interrogatoire, dénie la convention présupposée » par l'imputation du prétendu délit, et si cette conven- » tion n'est pas prouvée par écrit, ou s'il n'en existe pas » un commencement de preuve littérale, la *procédure » criminelle doit être suspendue jusqu'à ce que les juges » civils aient prononcé sur le fait de l'existence préalable » de cette même convention;* que tel est le résultat de la » combinaison du principe qui admet la preuve par té- » moins de tout délit, tant avec la disposition de l'ordon- » nance de 1667 (et de l'article 1341 du Code civil), qui » défend cette preuve pour toute convention dont l'objet » excède 100 livres (aujourd'hui 150 francs), qu'avec la » disposition qui la permet lorsqu'il y a commencement » de preuve écrite, *et avec la règle qui assimile la preuve » confessionnelle à la preuve par écrit;* que, dans l'espèce » particulière, les aveux consignés dans les interroga- » toires des prévenus ont pu être réputés des commen- » cements de preuve par écrit, etc. »

(2) Ils devraient également surseoir, si, au lieu de nier le dépôt, le prévenu soutenait et demandait à prouver que la chose déposée lui appartient : car alors toutes ses obligations cessent suivant l'art. 1946. Il y aurait encore, en ce cas, une question préjudicielle, qui n'est pas de la compétence du tribunal correctionnel. (*Vid. infra.*)

(3) *Voy.* l'arrêt du 5 décembre 1806, rapporté dans le *Répertoire*, vº *Dépôt*, § 1, nº 6. *Voyez* dans ce sens Bruxelles, 3 novembre 1831 (*Jur. de Belgique*, 1831, p. 103).

ma plainte, et continuer l'instruction. Autrement il doit se déclarer incompétent, et renvoyer les parties à fins civiles.

150. Ainsi donc, maxime générale : quand on se plaint d'un délit ou d'un méfait dont l'existence suppose la réalité d'un fait antérieur qui n'est pas reconnu, et dont la preuve testimoniale n'est pas admissible, la plainte ne doit pas être reçue, s'il n'existe pas de ce fait une preuve ou un commencement de preuve écrite, qui autorise à compléter la preuve par témoins (1).

151. C'est sur cette théorie qu'est fondée la disposition de l'art. 327 du Code civil, qui porte : « L'action criminelle contre un délit de suppres » sion d'état ne pourra commencer qu'après le » jugement définitif sur la question d'état. »

On a dit (2) que cette disposition est une exception au principe établi par l'art. 8 de la loi du 3 brumaire an IV, répété dans l'art. 3 du Code d'instruction criminelle, qui porte que « l'exercice de l'action civile est suspendu, tant qu'il n'a pas été prononcé définitivement sur l'action publique, intentée avant ou pendant la poursuite de l'action civile, » *qui ne peut jamais arrêter l'exercice de l'action publique; c'était, dit-on, un principe général avant le Code civil.*

Cette doctrine n'est pas exacte. La disposition de l'art. 327 n'est, au contraire, que la conséquence d'un principe général, suivi avant (3) comme depuis la promulgation du Code civil Les dispositions des lois nouvelles n'ont fait que lui donner plus de force. Ce principe est que, toutes les fois que le prétendu délit présuppose un fait antérieur, non reconnu, dont la preuve par témoins est défendue par la loi civile, et qui, par cette raison, ne peut entrer dans les attributions de la justice criminelle, où la preuve testimoniale est toujours reçue, l'action publique est suspendue, tandis que le fait que le délit présuppose n'est pas prouvé. Nous venons de voir deux exemples de l'application de ce principe à la poursuite des délits de violation de dépôt et d'abus de confiance. L'article 327 en offre un troisième exemple. Pourquoi veut-il que l'action criminelle contre un délit de suppression d'état ne puisse commencer qu'après le jugement définitif sur la question d'état?

Parce qu'il existe, dans le cas d'une plainte en suppression d'état, deux faits bien distincts qu'il faut prouver l'un et l'autre par le genre de preuve qu'exige la loi pour chacun d'eux.

Le premier est l'existence de l'état réclamé.

Le second, le délit de la suppression de cet état, que l'on n'a pu supprimer, s'il n'existait pas.

La suppression d'état suppose l'existence de l'état. Or la loi veut que la preuve en soit faite par écrit, c'est-à-dire, par les actes de l'état civil, ou par la possession constante. L'art. 323 ne permet de prouver l'état par témoins, que dans le cas où il y a commencement de preuve; et l'art. 326 porte que les tribunaux civils seront *seuls compétents* pour statuer sur les réclamations d'état. D'où il suit nécessairement que l'action criminelle contre un délit de suppression d'état ne peut commencer qu'après le jugement sur la question d'état : car, point d'état, point de délit de suppression d'état. Il y a donc une question préjudicielle qu'il faut d'abord décider, et qui ne peut l'être que par les tribunaux civils, auxquels les tribunaux criminels doivent par conséquent renvoyer, en se déclarant incompétents.

152. Le Code civil nous offre encore, dans l'article 189, un autre exemple de l'application du principe, que l'action civile arrête ou suspend l'exercice de l'action publique, lorsque le délit suppose un fait antérieur, dont la connaissance n'est pas de la compétence des tribunaux criminels. C'est le délit de bigamie, qui suppose nécessairement un premier mariage existant. Si le prétendu bigame oppose à la plainte en bigamie, formée contre lui, la nullité du premier mariage, la validité ou la nullité de ce mariage doit être préalablement jugée, et, par conséquent, le prévenu doit être renvoyé suivre son action en nullité devant les tribunaux civils, seuls compétents pour en connaître. Ainsi l'action criminelle ou publique est suspendue par l'action civile : pourquoi? Parce que si le premier mariage est nul, il ne peut exister de délit.

153. En un mot, c'est un principe général qui nous paraît sans exception, parce qu'il résulte de la nature des choses; l'action publique est suspendue par l'action civile, toutes les fois que

---

(1) La cour de Bruxelles, jugeant en cassation, a rejeté un pourvoi fait contre un jugement, confirmé en appel, qui avait reçu, en matière de police correctionnelle, la preuve testimoniale de la remise d'un blanc seing. Cet arrêt est ainsi motivé : « Attendu que la remise d'un blanc seing est un fait pur et simple qui ne » constitue aucune convention, et qui, par conséquent, » peut être établi par témoins; et que l'action d'écrire » au-dessus du blanc seing une obligation quelconque, » est également un fait qui ne présuppose aucune con- » vention, mais que la loi qualifie de fait frauduleux, et » qui même, ainsi que le définit l'art. 406 du Code pénal, » lorsqu'il existe seul, indépendamment de la remise du » blanc seing, caractérise un crime de faux qui peut » incontestablement se prouver par témoins. » Bruxelles, cass., 15 juin 1815 *Pasicrisie belge* à cette date).

Cet arrêt est rapporté en la *Jurisprudence de la cour de Bruxelles*, an 1815, vol. 1, p. 214.

Un autre arrêt, du 20 janvier 1823, rapporté en la même collection, an 1823, vol. 1, page 629, a admis la preuve testimoniale du fait de la soustraction d'une quittance dont l'existence n'était pas reconnue.

(2) *Répertoire de jurisprudence*, v° *Délit*, § 1.

(3) « Toujours de pareilles plaintes (en suppression » d'état ont été rejetées comme frauduleuses, et les par- » ties ont été renvoyées devant les juges civils, » dit fort bien Bigot-Préameneu, notre compatriote, dans l'*Exposé des motifs*, titre *de la Paternité* et *de la Filiation*.

le prétendu délit présuppose l'existence d'un fait antérieur, non reconnu, dont les tribunaux criminels ne peuvent connaître, soit que les lois leur en interdisent directement la connaissance, soit qu'elles ne la leur interdisent qu'indirectement, et pour ne pas donner aux plaideurs un moyen détourné de se ménager la preuve testimoniale, dans les cas où elle n'est pas admissible.

Nous citerons, pour dernier exemple de l'application de ce principe, les délits forestiers, ou même tous les autres délits attentatoires à la propriété d'autrui. Lorsque, par sa défense, le prévenu allègue une exception, tendant à établir qu'il avait droit de faire ce qui donne lieu à la plainte, *feci, sed jure feci*, soit parce qu'il se maintient propriétaire de la chose, qui est l'objet du prétendu attentat, soit parce qu'il soutient avoir sur ce bien des droits quelconques, qui l'autorisaient à faire ce qu'il a fait; le tribunal correctionnel doit alors suspendre la procédure criminelle, et renvoyer devant le juge civil pour statuer préalablement sur la question préjudicielle.

C'est ce que prescrit, relativement aux délits forestiers, l'article 12 du titre 9 de la loi des 15 et 29 septembre 1791 (1); et c'est aussi ce qu'ont décidé, relativement aux autres délits, une foule d'arrêts de la cour de cassation (2).

154. La règle établie par l'art. 3 du Code d'instruction criminelle, qui suspend les procédures civiles, lorsqu'il y a lieu à la poursuite criminelle, quoique fondée aussi sur des considérations d'un ordre supérieur, est elle-même une conséquence du principe que le jugement de la question préjudicielle doit précéder celui de la question principale, surtout lorsqu'elles doivent être l'une et l'autre jugées par des tribunaux différents : parce que, quoique le tribunal civil où est portée la demande en réparation du dommage causé par un délit ne soit pas lié par le jugement criminel qui a précédé; quoique celui-ci ne doive pas nécessairement entraîner le jugement civil; quoiqu'en un mot, *le criminel n'emporte pas le civil* (3), il n'en est pas moins vrai que le jugement criminel peut influer et influe quelquefois de différentes manières sur le sort de l'action civile.

155. D'après les principes que nous venons d'exposer, il nous semble qu'on peut facilement distinguer, d'une manière sûre et précise, les cas où l'on peut prendre ou non la voie criminelle, au lieu de la voie civile, pour demander la réparation des dommages causés par un méfait.

Il faut d'abord que le fait qui les a occasionnés soit au nombre de ceux que nos lois criminelles ont qualifiés de contravention, de délit ou de crime. Nous reviendrons tout à l'heure sur ce point.

Il faut ensuite, en cas d'affirmative, examiner si le délit dont il s'agit donne lieu à une question préjudicielle, et, dans ce cas, si la connaissance de cette question n'est pas spécialement interdite aux tribunaux criminels, par exemple, les questions de propriété; enfin, si la connaissance de la question préjudicielle ne leur est pas interdite, s'ils peuvent en connaître à raison de connexité avec le délit qui leur est déféré.

Il ne reste qu'à examiner si le fait qui donne lieu à la question préjudicielle est ou n'est pas du nombre de ceux dont la loi civile défend d'admettre la preuve testimoniale; car alors, les tribunaux criminels deviendraient incompétents, et seraient obligés de renvoyer devant les tribunaux civils, parce qu'il n'est pas permis d'employer la voie criminelle pour faire admettre indirectement la preuve testimoniale, toujours nécessairement admise dans les tribunaux criminels.

Ainsi, comme nous l'avons vu, lorsqu'un délit de violation de dépôt ou d'abus de confiance est déféré aux tribunaux de police correctionnelle, ils n'en peuvent retenir la connaissance, ni continuer l'instruction, si le dépôt, si la remise du blanc seing, sont contestés, et non prouvés par un écrit : ils doivent renvoyer devant les tribunaux civils.

Pourquoi cela? Parce que ni le dépôt, ni la remise du blanc seing, dont la réalité forme la question préjudicielle, ne peuvent être prouvés par témoins.

Mais, s'il en existait un commencement de preuve par écrit, comme en ce cas la loi permet de compléter la preuve par témoins, les tribunaux correctionnels deviendraient compétents pour en connaître par voie de connexité avec le délit; car leur incompétence ne provenait que de l'inadmissibilité de la preuve testimoniale. Ainsi, au lieu de renvoyer aux tribunaux civils, ils devraient continuer l'instruction.

156. Il y a néanmoins des cas où les tribunaux criminels doivent retenir la connaissance d'un délit, qui suppose un fait antérieur contesté, dont la preuve testimoniale n'est pas admissible. L'examen de ces cas achèvera d'éclaircir les principes de la matière.

Un testament, après la mort du testateur, a été supprimé par l'héritier naturel ou légitime. L'héritier institué ou le légataire, privé par ce délit de la libéralité du défunt, peut rendre plainte devant les juges criminels, sans que les

(1) Il y a sur ce point une foule d'arrêts rendus par la cour de cassation. *Voy.* le *Répertoire de jurisprudence*, v° *Questions préjudicielles*, n° 2, et v° *Délit forestier*, n°s 17 et 18.

(2) Cités dans les *Quest. de droit* de Merlin, v° *Délits forestiers*, § 6.

(3) Comme nous croyons l'avoir prouvé tome 4 (VIII, éd. fr.), n°s 30 et 37.

juges civils aient préalablement décidé que le testament a existé, et qu'il contenait une disposition en sa faveur.

Voilà une espèce où le délit ne se confond pas, ne s'identifie pas avec le titre dont l'existence est déniée, où le délit suppose nécessairement l'existence antérieure du titre, et cependant la compétence des juges criminels n'est pas douteuse ; en voici une seconde :

Un débiteur a soustrait à son créancier l'obligation qu'il lui avait consentie, et qui formait le seul titre de sa créance. Le créancier peut-il de suite prendre la voie criminelle? Le juge criminel peut-il recevoir sa plainte, avant que le juge civil ait prononcé sur l'existence primitive de l'obligation? On trouve, dans le Recueil de Salviat, question 14, un arrêt du parlement de Bordeaux qui juge l'affirmative, et qui, en conséquence, non-seulement déclare le débiteur coupable du délit de soustraction du titre, mais encore le condamne à exécuter envers son créancier l'obligation qu'il lui avait enlevée. C'était même une jurisprudence constante, et l'avocat général Joly de Fleury, dans un plaidoyer du 2 août 1706 (1), disait que « jamais » on n'a cru devoir empêcher, nonobstant la » disposition de l'ordonnance de Moulins de » 1667, d'informer de la soustraction d'une » obligation, etc. »

Voilà donc encore un cas où, comme dans celui de la violation du dépôt, le délit est absolument distinct du titre sur lequel il a été commis. Il y a d'autres cas, au contraire, comme ceux de faux, de simulation d'un titre, d'escroquerie, etc., où le délit, par sa nature, comme par l'époque où il a été commis, est inséparable de l'acte qui en a été l'objet. Mais dans le cas de destruction ou de suppression de la chose déposée, le dépôt et la violation du dépôt sont nécessairement séparés; l'un a nécessairement précédé l'autre. Le délit et le fait du dépôt sont donc indépendants l'un de l'autre, en ce sens que le délit ne peut avoir été commis, si le dépôt n'a pas réellement existé auparavant, quoique le dépôt ait pu avoir lieu sans que le délit ait été effectué. Point de dépôt, point de destruction possible de la chose déposée; point de dépôt, point de délit.

Il en est de même dans le cas de la suppression d'un titre : point de titre, point de suppression possible : point de titre, point de délit. Il paraîtrait donc que, dans ces deux cas, il y a également lieu à la question préalable, et à renvoyer devant les juges civils pour y prouver préalablement l'existence du titre, comme il faut y renvoyer pour prouver l'existence du dépôt.

Cependant il n'en est pas ainsi. Il existe une différence décisive entre l'un et l'autre cas. Celui qui a confié un dépôt a pu et dû, au moment où il le confiait, en retirer une reconnaissance, ou un acte écrit; la loi le lui ordonnait. S'il ne représente pas cette reconnaissance, il ne peut être admis à prouver le dépôt par témoins; la loi le défend. Or, dès qu'il n'y a point de dépôt prouvé, on ne peut admettre l'idée de la destruction du dépôt ; et si cette violation ne peut être prouvée par témoins, elle ne peut faire l'objet d'une procédure criminelle.

Au contraire, lorsque le débiteur a soustrait à son créancier l'obligation qu'il lui avait consentie, il n'y a rien à reprocher à celui-ci. Il s'était conformé à la loi, qui lui ordonnait de passer un acte devant notaire, ou sous seing privé, de toutes choses excédant la valeur ou la somme de 150 francs. Cet acte lui a été soustrait par un délit, dont il ne lui a pas été possible de se procurer la preuve littérale. Il doit donc être admis à le prouver par témoins, ainsi que le veut l'article 1348 du Code. Il en est de même du cas de la suppression d'un testament ou autre titre. Nous examinerons bientôt ce qu'il faut prouver dans ce cas (2).

157. Mais, pour être admis à poursuivre immédiatement, par la voie criminelle, la réparation d'un méfait, il ne suffit pas qu'il ne donne lieu à aucune question préjudicielle, dont les tribunaux civils ne puissent connaître; il faut surtout que ce méfait soit du nombre de ceux que nos lois criminelles ont mis au nombre des contraventions, des délits ou des crimes, contre lesquels elles ont prononcé des peines. C'est un des grands principes de notre législation criminelle, qui établit pour règle fondamentale, art. 4 du Code pénal, que « nulle contravention, nul dé» lit, nul crime, ne peuvent être punis de peines » qui n'étaient pas prononcées par la loi avant » qu'ils fussent commis. » Ni, par conséquent, être poursuivis devant les tribunaux criminels, spécialement institués pour connaître de l'action publique et de l'application des peines.

Ces principes vont nous aider à discerner quand le dol peut être poursuivi par la voie criminelle, pour se ménager la ressource de la preuve testimoniale, dans les cas où elle ne peut

(1) Sur lequel fut rendu l'arrêt du même jour, rapporté à sa date dans le *Journal des Audiences*.

Merlin, *Questions de droit*, v° *Suppression de titres*, § 1, où nous avons puisé ces citations, assure qu'on n'a jamais jugé le contraire.

(2) *Voy*. Rolland, n°s 98 et suivants. Ainsi, en ce sens, on a jugé que l'inculpation d'avoir soustrait un testament, déposé dans les mains d'un tiers, peut être soumise directement aux juges criminels et être prouvée par témoins. — Les règles relatives au dépôt ne s'appliquent point à ce cas. (Cass., 21 octobre 1824.) — Cependant on ne peut être admis à prouver par témoins la soustraction d'une contre-lettre ayant pour objet des conventions sur une valeur excédant 150 fr. qu'autant qu'on rapporte un commencement de preuve par écrit de la préexistence de cette contre-lettre. (Cass., 5 avril 1817.) Sans cette preuve préalable, la plainte en soustraction ne peut pas même servir de base à une action criminelle.

être admise par les tribunaux civils; car il faut remarquer que l'article 1348, qui fait aux quasi-délits une application spéciale et générale du principe, que la preuve testimoniale est admissible toutes les fois qu'il n'a pas été possible au créancier de se procurer une preuve littérale, n'en a point fait la même application au cas de dol ou de fraude qu'il passe sous silence, quoique beaucoup plus répréhensible que les quasi-délits, qui se commettent sans dessein, et seulement par une imprudence non excusable; tandis que le dol, dans l'acception ordinaire du mot, renferme toujours l'intention de nuire. D'où vient donc, à cet égard, le silence du Code? C'est qu'il y a des cas où le dol peut être prouvé par témoins devant les tribunaux civils, d'autres où il ne peut pas l'être, et que, par conséquent, on ne pouvait établir une règle générale sur ce point. Nous trouverons la preuve de cette proposition dans le développement des principes sur la nature et les caractères du dol et de la fraude: c'est un point qui mérite d'être examiné.

158. Ces deux mots, *dol et fraude*, qu'on trouve souvent réunis dans le texte des lois romaines (1) et françaises, ont cependant une signification différente, comme le supposent les textes mêmes qui les réunissent, et l'art. 1353 du Code, qui parle du cas où un acte est attaqué pour cause de *fraude* ou de *dol* (2).

Le dol, dans l'acception générale que les Romains donnaient à ce mot, consistait dans cette finesse accompagnée de déguisement, ou de dissimulation, par laquelle on parvient à cacher ce qu'on ne veut pas laisser voir, ou à faire entendre autre chose que ce qu'on a dans l'esprit. C'était cette finesse subtile dont peu d'honnêtes gens se piquent, et que Cicéron conseille d'éviter (3), cette finesse qu'on nomme proprement *astuce* (4); et comme cette astuce, qui produit le dol, cette souplesse subtile de l'esprit, peut s'exercer sur un objet indifférent, ou même honnête et bon (5), aussi bien que sur une chose répréhensible ou nuisible, les Romains distinguaient deux espèces de dol, *dolus bonus*, le dol bon; *dolus malus* (6), le dol mauvais.

159. Ulpien nous apprend (7) que le préteur qui introduisait l'action *de dolo*, en faveur des personnes simples, déçues par les finesses artificieuses de ces hommes astucieux qu'il appelle *varios et dolosos*, ne s'était pas contenté, dans son édit, du mot dol, *non fuit contentus dolum dicere*; il y avait ajouté l'épithète de *malum*, parce que, dit toujours Ulpien, les anciens prenaient ce mot dans le sens d'adresse, de finesse: *quoniam veteres... pro solertia hoc nomen accipiebant*; c'est pourquoi ils appelaient aussi dol celui qui avait un objet honnête et bon: *dolum etiam bonum dicebant*, tel que le dol que nous employons pour défendre et protéger nos intérêts propres ou ceux d'autrui: *sicuti faciunt qui per ejus modi dissimulationem deserviant... sua vel aliena*. § 2, *ibid*.

160. Le jurisconsulte Paul, contemporain d'Ulpien, nous donne un exemple de ce dol dans la loi 19, § 3, ff. *de negot. gest.*, 3, 5, dont l'espèce est remarquable: Vous gériez mes affaires pendant mon absence, et vous avez acheté de bonne foi, et pour votre compte, un bien qui m'appartenait. Vous l'avez irrévocablement acquis par la prescription, dans l'ignorance de mon droit. Je n'ai pas contre vous l'action *negotiorum gestorum*, pour vous obliger à me le rendre.

Mais si, avant la prescription acquise, vous avez découvert que ce bien m'appartenait, vous devez, dit la loi, interposer un tiers dans mon nom, qui revendiquera contre vous la chose que vous avez acquise, et qui, par ce moyen, conservera mon bien, et vous mettra dans le cas d'exercer l'action en éviction contre votre vendeur.

Cependant une objection se présente contre un pareil détour, contre une pareille simulation. Cette interposition d'un tiers n'est-elle point un dol? La loi prévient cette objection; ce n'est point, dit-elle, un dol mauvais: *nec videris dolum malum facere in hac subjectione*. Pourquoi cela? Parce que vous n'agissez de la sorte que pour vous mettre à l'abri de l'action que j'aurais pu diriger contre vous, si, faisant mes

(1) *Inest enim dolo et fraus*, dit la loi 7, § 10, ff *de pactis*, 2, 14. On les trouve réunis dans la loi 3, § ult., ff. *pro socio*, 17, 2. — L. 8, § 6, ff. *de liber. leg.*, 34, 3. L. 5, *quando ex facto testatoris*, 26, 9. L. 6, Cod. *de præscript.*, 7, 33.

Voyez aussi l'art. 275 de la coutume de Bretagne.

(2) *Voyez* Chardon, *du Dol*, nº 4.

(3) Quocirca in omni refugienda est talis solertia. (*Offic.*, lib. 1, cap. 10.)

(4) Mot qui nous vient du latin *astutia*, dérivé d'*astu*, ville. *Astutia* signifie donc proprement cette finesse de pratique, cette finesse d'habitude qu'on rencontre plus souvent dans les habitants des villes, où l'esprit est plus délié que dans les campagnes. *Voyez* la note suivante.

(5) On trouve dans saint Augustin, *Epist.* 29: « Neque tamen illi dolus ad cavendum aut astutia deerant, astutiam ponens in bono. »

Les mots *dolus* et *astutia* ont évidemment ici le même sens, ou, si l'on veut, l'*astuce* est la qualité de l'esprit, et le *dol*, l'action faite par *astuce*.

Voyez aussi Wolff, *Institutiones juris naturæ*, § 24. « Veteres dolum bonum dixerunt voluntatis simulationem, finis cujusdam non illicita causa factam. Unde in oppositione ad eum dolus malus vocatur.

» Dolus malus dividitur in dolum ex proposito, quo malum quod ex actione sua resultat, intendit agens sive directe, sive indirecte; et dolum ex re quo malum istud equidem agens non intendit, ubi vero idem ex facto cognoscit, eum, in quem redundavit, inferre vult.

» Ita, in priore casu, gemma adulterina pro vera venditur a sciente, in posteriori a nesciente, sed pretium restituere nolente. » (§ 25.

(6) « Dolus est ex mediis verbis, ut tempestas, valetudo, quæ capere possunt duas res inter se contrarias. » Aul. Gell. *Noct. Attic.* Lib. 12, cap. 9.

(7) L. 1, § 3, *de dolo malo*, 4, 3

affaires pendant mon absence, vous aviez continué de posséder un bien que vous saviez m'appartenir. *Ideo enim hoc facere debes, ne actione negotiorum gestorum tenearis.* Vous avez servi vos intérêts et les miens.

Il y a donc réellement un dol ou une simulation, qui n'a rien de blâmable aux yeux de la loi (1). C'est ce qui arrive toutes les fois que la simulation n'a point un but illicite. La simulation n'est point réprouvée par la loi, lorsqu'elle n'a porté préjudice à personne (2).

161. Nous insistons sur ce principe, dont l'application à la pratique est plus fréquente qu'on ne pense : car quoique notre langue ne connaisse point l'expression de *dol bon*, il n'en est pas moins certain que la chose existe dans nos usages, et qu'il y a des déguisements ou des simulations permis, tels entre autres les donations déguisées sous la forme d'un contrat onéreux, d'une vente. Ces donations n'en sont pas moins valides, lorsqu'elles n'ont pas pour but d'éluder quelque disposition prohibitive de la loi, ou de nuire aux droits acquis à d'autres personnes (3). On n'en aurait pas si longtemps douté, si tous les magistrats avaient été pénétrés des principes que nous venons de développer, et dont l'observation prévient une foule de procès difficiles; car, avant d'admettre la preuve qu'un acte est simulé, il faut voir préalablement que la simulation est nuisible aux droits d'un tiers, ou qu'elle tend à éluder la loi.

162. C'est encore des mêmes principes que dérive une maxime, qu'on peut ériger en règle de droit : il est permis de faire indirectement ce que la loi permet de faire directement. Le soupçon de fraude s'évanouit, quand celui à qui on reproche le déguisement ou la simulation n'avait pas d'intérêt à déguiser; quand il pouvait faire directement ce qu'il a fait ou ce qu'on prétend qu'il a fait indirectement. Il en résulte tout au plus qu'entre plusieurs manières de faire un acte il a choisi celle qu'il jugeait la plus convenable. En cela, il a usé de son droit; il a fait ce que la loi ne lui défendait point de faire (4).

163. Revenons au dol mauvais, celui qui est commis à dessein de tromper autrui, de préjudicier à ses droits. Pour connaître quand il peut être prouvé par témoins, il faut d'abord en distinguer plusieurs espèces :

1° Celui qui est concerté entre les contractants, soit pour préjudicier, de manière ou d'autre, à des tierces personnes, non présentes et non parties au contrat ou à l'acte par lequel s'opère le dol, soit pour éluder quelque disposition prohibitive de la loi;

2° Celui qui se commet au préjudice de l'un des contractants, soit avant le contrat, soit au moment du contrat, pour l'induire ou l'entretenir dans une erreur sans laquelle il n'eût pas contracté; en un mot, le dol qui a été la cause du contrat : c'est celui dont parle l'art. 1116;

3° Celui par lequel, depuis le contrat, l'un des contractants abuse de l'imprudence de l'autre pour s'enrichir à ses dépens, en un mot, le dol qui, loin d'avoir été la cause du contrat, est postérieur à la perfection du contrat, par exemple, lorsque le créancier, qui a été payé en tout ou en partie, refuse de donner quittance, et garde le titre de créance pour se faire payer une seconde fois;

4° Celui par lequel, sans contracter avec elle, on détermine une personne, par des manœuvres, ou par des réticences frauduleuses, à faire une chose contraire à ses intérêts, afin d'en profiter ou d'en faire profiter un tiers; par exemple, à renoncer à une succession ou à l'accepter. (Art. 783.)

Il semble qu'on peut ranger toutes les espèces de dol dans l'une de ces quatre classes.

164. C'est la première espèce de dol, celle qui a pour but de nuire aux droits d'un tiers, que l'on appelle proprement *fraude*.

C'est ainsi que l'art. 1167 du Code permet aux créanciers d'attaquer, en leur nom personnel, les actes faits par leur débiteur *en fraude de leurs droits* (5).

---

(1) Il y avait même des simulations autorisées par la loi. A Rome, les formules de la mancipation, des testaments *per æs et libram*, de l'émancipation, la stipulation aquilienne, etc., n'étaient que des simulations. On trouve peu de pays où ces simulations n'aient été ou ne soient encore en usage pour transférer la propriété des biens et pour l'assurer aux acquéreurs. Les formalités de *vest* et *devest*, les ventes *par nécessité juris*, en Flandre, en Artois, etc., ne sont guère que des simulations approuvées par la loi. La plupart des procédures qui servaient autrefois de bases aux décrets volontaires étaient dans le même cas.

(2) *Voyez* Dalloz, v° *Obligation*, n° 193; Rolland, v° *Dol*, n°s 13 et 14, et v° *Simulation*.

(3) Bruxelles, 16 avril 1832 (*Jur. du* XIXe *siècle*, 1832, p. 296).

(4) Aussi il n'y a dol que lorsque les faits ont pu faire impression sur un homme prudent et jouissant de toutes ses facultés intellectuelles. Ainsi le vendeur qui, sciemment, exalte au delà de la vérité la valeur de sa chose, ne commet pas un dol, s'il n'a pas employé d'autres moyens coupables pour tromper l'acquéreur. Chardon, *in princip.*, suppose un vendeur d'une maison, qui affirme qu'elle est solide, et qui, en la montrant, s'arrête devant les parties solides, et passe rapidement devant celles qui sont défectueuses. Il n'y a pas dol, car l'acheteur avait le moyen de s'assurer de la solidité de l'édifice, par une inspection personnelle ou par l'appel des gens de l'art. Mais si le vendeur avait fait faire des réparations ayant pour objet seulement de masquer les défectuosités, surtout s'il était prouvé qu'il n'avait fait réparer que pour mieux tromper ceux qui examineraient, la vente pourrait être annulée. Pothier, *des Obligations*, n° 30; Duranton, t. 6 (X, éd. fr.), n° 181; Dalloz, v° *Obligation*, n° 199.

(5) *Voyez* ce que nous avons dit tome 3 (VI, éd. fr.), n°s 341 et suiv.

C'est ainsi encore que tous les actes simulés, qui ont pour objet de gratifier des personnes incapables de recevoir, sont déclarés frauduleux, soit qu'on les déguise sous la forme d'un contrat onéreux, soit qu'on les fasse sous le nom d'une personne interposée. Ils peuvent être attaqués par les héritiers du donateur, et annulés comme faits en fraude de leurs droits. (Art. 911.)

Il en est de même des actes simulés ou déguisés, qui ont pour objet d'étendre les libéralités au delà de ce que la loi permet de disposer. Les héritiers du donateur peuvent les attaquer comme faits en fraude de leurs droits, et les faire réduire. (Art. 1099.)

La fraude proprement dite, ou le dol commis dans un acte, au préjudice d'une tierce personne, peut toujours être prouvée par témoins; car il n'a pas été possible à la personne lésée de s'en procurer une preuve écrite.

165. C'est même une règle générale, que la défense de recevoir la preuve testimoniale, contre et outre le contenu aux actes, ne regarde que les personnes qui y ont été parties, et qui doivent s'imputer d'y avoir laissé comprendre ce qui s'y trouve contenu, et de ne s'être pas fait donner une contre-lettre, ou d'avoir laissé omettre quelque chose de ce qui devait y être compris; mais cette défense ne peut concerner les tiers en fraude desquels on pourrait insérer, dans l'acte, des choses contraires à la vérité. Car rien ne pouvant être imputé à ces tiers, on ne doit pas leur refuser la preuve testimoniale de la fraude qui leur est faite, n'ayant pas été en leur pouvoir de s'en procurer une littérale. (Pothier, n° 766.)

166. Vainement objecterait-on contre l'admission de la preuve testimoniale, que les actes authentiques font foi même contre les tiers, *contra omnes*, de la convention qu'ils renferment, comme nous l'avons dit, tome 4 (VIII, éd. fr.), n° 148. La réponse est que les tiers lésés par la fraude n'ont pu s'en procurer une preuve littérale, et qu'ils peuvent par conséquent invoquer l'exception prononcée par l'art. 1348, qui veut que la preuve testimoniale soit admissible toutes les fois qu'il n'a pas été possible de s'en procurer une écrite.

C'est peut-être, pour le dire en passant, c'est peut-être parce que les tiers ont la faculté de prouver des faits contre le contenu aux actes, qui renferment des fraudes au préjudice de leurs droits, que l'art. 1319, qui porte « que l'acte » authentique fait foi *de la convention qu'il ren-* » *ferme*, entre les parties contractantes, » n'a point ajouté *et même contre les tiers*, comme l'ont fait Dumoulin, et après lui, Pothier, dans les écrits duquel cet article a été épuisé.

C'est donc un principe constant dans l'ancienne et dans la nouvelle jurisprudence, que les tiers peuvent être admis à prouver par témoins, et même par des conjectures ou des présomptions, les simulations, les déguisements, ou les fraudes commises dans les actes au préjudice de leurs droits. C'est un point de jurisprudence fixé depuis longtemps. Notre savant d'Argentré dit fort bien : *Stulta est dubitatio eorum, qui prætextu ordinationis Molinensis... ambigunt, an simulatio contractus possit testibus probari, cum hæc ex circumstantiis, et his quæ facto adjuncta sunt potius probentur ex conjecturis quam scripto, etc.* (1).

C'est conformément à cet ancien principe que l'art. 1352 du Code recommande aux magistrats de n'admettre que des présomptions graves, précises et concordantes, et dans les cas seulement où la loi admet les preuves testimoniales, à moins que l'acte ne soit attaqué pour cause *de fraude ou de dol*.

167. Le dol de la seconde espèce, celui qui a pour but de tromper l'un des contractants, de l'induire ou de l'entretenir dans une erreur qui le détermine à contracter un engagement onéreux, ou qui l'empêche de faire une chose utile à ses intérêts, peut se commettre par simulation, et par dissimulation ou réticence.

168. Le dol par dissimulation, ou par réticence, est celui que les auteurs appellent *dol négatif*. Il consiste à taire ou à dissimuler quelque chose pour tromper, pour faire naître ou pour entretenir l'erreur de l'un des contractants; en un mot, pour lui cacher la vérité ou quelque circonstance qui pouvait le déterminer à ne pas s'engager. L'art. 348 du Code de commerce nous offre l'exemple d'un dol négatif ou *par réticence;* il porte : « Toute réticence, toute fausse décla- » ration de la part de l'assuré, toute différence » entre le contrat d'assurance et le connaisse- » ment, qui diminueraient l'opinion du risque, » ou en changeraient le sujet, annulent l'assu- » rance. »

169. Nous trouvons encore un exemple du dol *négatif* dans un arrêt de la cour de cassation du 5 février 1812. Cet arrêt décide, avec raison, que celui qui, par les qualités qu'il prend dans un procès, par le mode de défense qu'il adopte, entretient à dessein son adversaire dans une erreur qui finit par lui être préjudiciable en opérant une prescription, se rend coupable d'un véritable dol par réticence, et doit répondre des dommages et intérêts résultant de l'erreur

---

(1) Sur l'art. 269 de l'ancienne coutume de Bretagne, *in verbo* au *Contract.* n° 8. Il revient encore sur ce point, art. 296. « Probatur autem (fraus) conjecturis antecedentibus, consequentibus et adjunctis. Falsissimum quod quidam putant, non nisi instrumentis probari posse, veluti obtinente ordinatione regia (l'ordonnance de Moulins) facta enim extrinsecus fraudem potius probant : quia nemo tam supinus est, ut scribi patiatur quod fraudulenter fecit. »

qu'il a entretenue, et dont il a profité (1).

170. Le dol par simulation, *cum aliud agitur, aliud simulatur*, est celui qu'on nomme *positif*. Il consiste à dire ou faire soi-même, ou faire faire par autrui, des choses qui peuvent persuader ce qui n'est pas; il peut se commettre par actions ou par paroles. Dans ce dernier cas, il y a mensonge. Le dol qui se commet par actions consiste dans toutes les manœuvres, machinations, artifices, déguisements et mensonges, employés pour tromper, induire ou entretenir dans l'erreur celui qu'on veut circonvenir. Les manières de commettre le dol positif sont infinies.

171. Mais il faut bien remarquer un principe fondamental en matière de dol, comme en matière de fraude; c'est que l'intention de tromper, *consilium*, ne suffit pas, il faut qu'il y ait dommage réel, *eventus damni;* car si les manœuvres pratiquées n'ont, dans la réalité, causé aucun préjudice à la personne trompée, elle n'a aucune indemnité à demander, aucune action à former. (*Voy.* L. 79, ff. *de reg. jur.*)

Ceci prouve encore combien est conforme aux vrais principes la jurisprudence de la cour de cassation, sur la validité des donations déguisées sous la forme d'un contrat onéreux, ou faites sous le nom de personnes interposées, lorsqu'elles n'ont point pour but d'éluder la prohibition de la loi.

172. Après avoir rappelé les principes sur la *nature du dol* positif et négatif, employé pour tromper les contractants, avant ou au moment même du contrat, il est facile de décider s'il peut être prouvé par témoins. Il est dans la nature du dol de se cacher, de se déguiser. Il est rare que celui qui en est la victime puisse s'en procurer une preuve littérale, si ce n'est par des hasards indépendants de sa volonté; la preuve testimoniale des faits qui caractérisent le dol peut donc être admise. C'est une conséquence du principe que cette preuve est admissible, toutes les fois qu'il n'a pas été possible de s'en procurer une écrite. (Art. 1348.) Aussi tenait-on pour maxime, sous l'ancienne jurisprudence, qu'on peut prouver le dol par témoins, et cette maxime est consacrée par la jurisprudence de la cour de cassation (2).

On doit même remarquer que celui qui se plaint des artifices, des mensonges par lesquels on l'a surpris et déterminé à contracter, n'attaque ni l'existence, ni aucune des clauses de l'acte; il ne prétend point que cet acte contienne des choses contraires à la volonté des parties, mais il attaque la convention dans sa substance; il soutient que son consentement a été surpris, qu'il n'est que le fruit de l'erreur dans laquelle il a été induit par le dol de l'autre partie, et que, par conséquent, son consentement n'a pas été valable. (Art. 1109.) En articulant, en demandant à prouver les manœuvres, les réticences, les artifices employés pour le surprendre et le tromper, il ne demande point à prouver contre et outre le contenu au contrat, ni ce qui a été verbalement dit avant, lors ou depuis, relativement aux clauses plus ou moins étendues du contrat, et aux omissions qui pourraient y avoir été faites; sa demande n'a donc rien de contraire aux dispositions de l'art. 1341, et très-certainement il n'a pas été en son pouvoir de se procurer une preuve écrite des artifices employés pour surprendre son consentement (3).

173. Il faut appliquer aux cas de violence (4) ce que nous venons de dire du dol, qui a déterminé le contrat, *qui causam dedit contractus*. La violence qui produit la crainte et détruit le consentement est toujours une voie de fait plus ou moins condamnable; elle prend souvent le caractère d'un délit plus ou moins grave, suivant les circonstances. La personne qui s'en plaint, et qui se trouve lésée par suite des faits de violence, est presque toujours dans l'impuissance de s'en procurer une preuve littérale; elle doit donc, dans tous les cas, être admise à les prouver par témoins, soit qu'elle agisse par voie d'action, soit qu'elle agisse par voie d'exception, quand même celui contre lequel elle agit serait innocent et n'aurait point participé à la voie de fait ou au délit : car l'action accordée pour la réparation des suites de la violence est du nombre de celles qu'on appelle en droit *in rem scriptæ;* parce qu'elles suivent, pour ainsi parler, la chose même, ou plutôt celui qui en est possesseur ou qui prétend le devenir, c'est-à-dire qu'elles peuvent être exercées contre tous ceux qui ont profité, ou qui prétendraient profiter de la chose extorquée par violence, de l'acte consenti par crainte (5). Il suffit à celui qui se plaint d'articuler d'une manière précise les faits de violence et les menaces qu'on lui a faites, à la

(1) *Voy.* Duranton, t. 7 (XIII, éd. fr.), nº 353; Chardon, *du Dol*, nº 95; Merlin, vº *Preuve*, au *Répertoire*.

(2) *Voy.* l'arrêt du 20 février 1811.

(3) *Sic* Charondas, liv. 7, chap. 187; d'Argentré, sur l'art. 269 de la coutume de Bretagne; Pothier, *des Obligations*, nº 765; Duranton, t. 6 (X, éd. franç.), nº 196; Chardon, *du Dol*, t. 1, nºs 91 et suiv; c. c. rej., 4 février 1836 (Sirey, 1836, 1, 839); c. c. rej., 12 mars 1839 (Sirey, 1839, 1, 483).

(4) *Voy.* ce que nous avons dit sur la violence, t. 3 (VI, éd. fr.), nºs 76 et suiv.

(5) « In hac actione non quæritur, utrum is, qui convenitur, an alius metum fecit. Sufficit enim hoc docere, metum sibi illatum, vel vim; et ex hac re eum qui convenitur, et si crimine caret, lucrum tamen sensisse. Nam cum metus habeat in se ignorantiam, merito quis non adstringitur, ut designet, quis ei metum vel vim adhibuit : et ideo ad hoc tantum actor adstringitur, ut doceat metum in causa fuisse, ut alicui acceptam pecuniam faceret, vel rem traderet, vel quid aliud faceret. Nec cuiquam iniquum videtur ex alieno facto alium in quadruplum condemnari : quia non statim quadrupli actio est, sed si res non restituatur. » (L. 14, § 3, ff. *quod metus causa*, 4, 2.)

différence de l'action de dol. Il n'est pas même nécessaire qu'il désigne les personnes qui lui ont fait violence; il suffit de prouver qu'il a été intimidé au point que sa volonté n'a pas été libre, *sufficit docere metum sibi illatum, vel vim*. La raison en est que la crainte trouble l'esprit, *metus habet in se ignorantiam*.

Remarquez que, dans le cas de violence comme dans le cas du dol qui a été la cause du contrat, le demandeur n'attaque aucune des clauses de l'acte; il ne demande point à prouver contre et outre ce qui s'y trouve contenu; il ne prétend pas que cet acte contienne rien de contraire à sa volonté du moment; mais il soutient que sa volonté ne fut pas libre, et que son consentement a été forcé.

174. Danty, chap. 7, n° 77, enseigne que, si l'acte qu'on veut faire annuler ou rescinder pour cause de violence a été passé en plein jour, devant un notaire et des témoins, quoiqu'il renferme des clauses injustes, le juge ne doit pas admettre la preuve de violence, parce que la preuve est entièrement contraire. C'est une erreur déjà remarquée et combattue par notre savant maître Duparc-Poullain (1). La loi 23, ff. *quod metus causa*, 4, 2, citée par Danty, au soutien de son opinion, dit seulement que la violence n'est pas vraisemblable, lorsqu'un contrat a été passé dans la ville, *in urbe*, par un homme élevé en dignité, *qui claram dignitatem se habere prætendebat*.

La loi ajoute qu'il faut opposer à cette présomption de liberté les preuves les plus claires, *debet apertissimas violentiæ præsumptiones opponere*.

La loi n'exclut donc pas la preuve : elle l'admet, au contraire. La preuve doit être reçue, quelles que soient les apparences de liberté que présentent les circonstances, quelle que soit la personne contre qui l'action est dirigée, quelque authentique que soit l'acte attaqué, pourvu que les faits dont on demande la preuve soient précis, et de nature à caractériser, sans équivoque, une violence suffisante pour détruire le consentement.

175. Mais il faut remarquer que l'action ou l'exception, fondée sur la violence ou la crainte, ne peut être exercée par la voie civile, lorsque la foi due aux actes s'y oppose. Si c'est ce qu'a voulu dire Danty, il avait raison.

On m'oppose un acte authentique, daté de Rennes, le 1er mars; je soutiens que le 5 du même mois, j'ai été, par les violences et les voies de fait les plus répréhensibles, contraint, dans la forêt de Rennes, à signer ce même acte. J'articule les faits les plus précis, et je demande à les prouver par témoins dignes de foi. Ma demande ne doit pas être écoutée : la foi due aux actes authentiques s'y oppose; ils ne peuvent être détruits que par la voie de la plainte, ou de l'inscription en faux. Il en est de même toutes les fois que les faits de violence, qu'on offre de prouver, se trouvent contraires aux dispositions d'un acte authentique (2), qui doit faire pleine foi jusqu'à la plainte ou l'inscription en faux.

176. Ce point est commun au dol dont la preuve par témoins ne doit pas être admise lorsque les faits présentés comme indices de dol, au lieu d'attaquer la substance de l'acte, et de prouver que la volonté de celui qui l'a souscrit a été surprise, ne tendraient qu'à établir que l'acte contient des faits contraires à ceux qui sont référés dans l'acte, par exemple, que le prix d'une vente, convenu à un prix supérieur, n'a été frauduleusement porté qu'à un prix inférieur, et que le prix dit *payé comptant* ne l'a point été (3).

177. Pour être admis à prouver le dol ou la violence par témoins, ce n'est même point assez d'alléguer que le contrat est frauduleux, que le consentement a été surpris par dol, ou extorqué par violence : il faut spécifier les faits par lesquels on prétend établir le dol ou la violence; il faut même, à l'égard du dol, désigner les personnes que l'on accuse de l'avoir commis (4), il faut enfin que les faits qu'on demande à prouver soient de nature à caractériser bien clairement le dol, la surprise ou la violence. On ne doit pas transformer en dol des circonstances qui n'en portent ni le caractère ni l'apparence. Lorsque les faits, présentés comme indices de dol, ne conviennent point aux notions que les lois nous en donnent, et se refusent à leur application; lorsqu'il n'y a ni manœuvres, ni artifices, ni de ces tromperies de l'homme (5) qui caractérisent le dol personnel, la preuve doit être rejetée, quand même ces faits seraient de nature à faire naître des soupçons : car le soupçon ne peut opérer que le doute, et, dans le doute, il faut s'en tenir au contrat (6); il faut, en un mot, suivant l'art. 1116 du Code, qu'en supposant prouvés les faits présentés comme indices de dol, il soit évident que, sans ces artifices, le con-

(1) *Principes du droit*, t. 9, n° 22, p. 286.

(2) Ou même d'un acte sous seing privé, dont la signature est reconnue, ou légalement tenue pour telle. (Articles 1320 et 1322.)

(3) *Voy.* l'arrêt de la cour de cassation du 19 pluviôse an XIII, rapporté dans le *Répertoire*, v° *Dol*, n° 6 [édit. Tarlier, t. 8, p. 251]. *Voy.* Rolland, v° *Dol*, n° 39.

(4) « Item exigit prætor, ut comprehendatur, quid dolo malo factum sit; scire enim debet actor in qua re circumscriptus sit, nec in tanto crimine vagari. » (L. 16, ff. *de dolo malo*, 4, 3.)

« Specialiter exprimendum est de cujus dolo quis quæratur. » (L. 2, ff. *de doli mali et metus exceptione*, 44, 4.) Mascardus, *de Probationibus*, conclus. 449, n° 6.

(5) *Voyez* un arrêt de la cour de cassation du 4 juin 1810.

(6) In dubio standum est instrumento. (Cæpola, *de Simulat. contract.*)

trat n'aurait pas été passé, ou ne l'aurait pas été aux mêmes conditions. *Dolum ex indiciis perspicuis probari convenit.* (L. 6, Cod. *de dolo malo*, 2, 21 (1).)

178. Si le dol, commis avant ou au moment du contrat, pour tromper l'un des contractants et l'induire en erreur, peut être prouvé par témoins, en est-il de même du dol postérieur au contrat, du dol qui, loin d'avoir été la cause du contrat, n'a été commis que depuis la perfection du contrat et à son occasion (2)? Celui des contractants au préjudice duquel ce dol est commis, ou ses héritiers, peuvent-ils être admis à le prouver par témoins? Il faut éclaircir ceci par des exemples.

179. *Premier exemple.* Sur le point de contracter mariage, les futurs époux passent, devant notaire, le contrat qui contient les conditions de leur union. Le futur y reconnait que la future lui a apporté en dot une somme de 60,000 fr.; laquelle somme a été comptée en présence du notaire et des témoins, et délivrée au futur, qui s'en est saisi, dont quittance, etc.

Ou bien, le contrat ne parle pas de la numération en présence du notaire et des témoins; il énonce seulement que le futur reconnaît l'avoir reçue, et en donne quittance.

Le mariage manque, ou, si l'on veut, le futur ou la future meurt avant la célébration. La future, ou ses héritiers, réclament la dot de 60,000 fr., reconnue dans le contrat de mariage. Le futur, ou ses héritiers, répondent que le contrat était simulé, et que la future n'a point compté les 60,000 francs, qu'elle était sans fortune, et hors d'état de réaliser une pareille somme, dont la reconnaissance n'était qu'une libéralité, ou un avantage que le futur voulait lui faire en faveur du mariage. Cette défense est appuyée par des présomptions graves, précises et concordantes; enfin, on articule des faits concluants contre la numération ou la remise de la dot prétendue, et on demande à les prouver par témoins.

La même difficulté peut s'élever dans le cas où le contrat ne contient que l'obligation d'apporter une dot de 60,000 francs payable immédiatement après la célébration du mariage, et dont le mari donne quittance quelques jours après, puis meurt. Ses héritiers peuvent-ils se défendre de restituer la dot, en demandant à prouver les faits les plus précis, pour établir que la dot n'a point été comptée (3)?

180. *Deuxième exemple.* Paul célibataire donne à Pierre le fonds Cornélien, sous la forme d'un contrat de vente, dont le prix, fixé à 30,000 francs, est dit payé comptant; il se marie ensuite, et il a des enfants. Il notifie leur naissance à Pierre, et demande la révocation du contrat en soutenant qu'il est simulé; que c'est une donation déguisée sous la forme d'un contrat de vente, et qui est de plein droit révoquée par la survenance d'enfants. Pierre a la mauvaise foi de le nier; Paul demande à le prouver par témoins.

Troisième exemple. J'ai donné à Caius le fonds Cornélien, sous la forme d'un contrat de vente, dont le prix est fixé à 30,000 francs, et dont j'ai donné quittance. Il se trouve que ce bien, que je croyais dépendre de la succession de mon père, qui en est mort possesseur, appartient réellement à Paul, qui forme son action de revendication contre Caius. Celui-ci m'appelle en garantie, et conclut à la restitution de la somme de 30,000 francs, et aux dommages et intérêts qu'il élève à une somme considérable, parce que le fonds Cornélien a augmenté de valeur depuis le contrat. Je demande à prouver par témoins que le contrat est simulé, et que la prétendue vente n'était qu'une donation déguisée.

181. Dans les cas que nous venons de proposer, et dans beaucoup d'autres, il y a certainement un dol caractérisé, *calliditas, dissimulatio vafra*, un dol très-répréhensible de la part de l'ingrat, qui abuse d'un contrat de bienfaisance, dont la simulation n'avait pour objet, dans son principe, qu'une libéralité qui ne peut plus avoir lieu, afin de dépouiller lâchement son bienfaiteur, ou ses héritiers. Il faut appliquer à ce cas ce que dit Ulpien : *Cum enim quis petat ex ea stipulatione, hoc ipsa fecit dolo quod petit.* (L. 36, ff. *de verb. obl.*, 45, 1.)

Cette femme artificieuse, par exemple, qui, abusant d'une passion qu'elle ne partage point, se fait consentir quittance d'une dot qu'elle n'a point comptée, et qui refuse ensuite d'accomplir le mariage, dans le dessein de faire, peut-être à un amant plus jeune, l'hommage du fruit de sa perfidie; ce créancier qui, ayant reçu en confiance ce qui lui était dû, refuse d'en donner quittance et de rendre le titre de créance dans le dessein de se faire payer deux fois; ce faux ami qui abuse d'un blanc seing, confié à l'amitié, pour dépouiller l'imprudent et malheureux signataire, etc. Enfin, dans tous les cas de rétention frauduleuse de la chose d'autrui, il y a dol; il y a plus, il y a vol véritable, en prenant le mot dans le sens le plus étendu, pour toute action par laquelle on s'approprie illicitement le bien d'autrui, *contrectatio rei alienæ fraudulosa.*

182. Aussi les dols commis à l'occasion ou à la suite des actes simulés, et surtout les reconnaissances d'une prétendue numération de dot que l'on soutenait n'avoir pas été comptée,

(1) *Voy.* Rolland, nº 42.

(2) *Voy.* Pothier, *des Obligations*, nº 31.

(3) *Voy.* Duranton, *ubi supra*; Merlin, vº *Simulation*. Et les tiers sont toujours admis à prouver la simulation qui leur a porté préjudice. C'est en ce sens que Proudhon, *de l'Usufruit*, nº 1308, enseigne que le dol et la fraude, ou simulation, donnent toujours lieu à une action propre aux tiers qui en souffrent.

avaient, dans l'ancienne jurisprudence, occasionné de fréquentes contestations; et dans les recueils d'arrêts, on en trouve plusieurs qui ont admis la preuve testimoniale de la simulation des actes même authentiques, même entre les contractants et leurs héritiers. Vainement l'ordonnance de Moulins et celle de 1667 avaient défendu de recevoir la preuve testimoniale contre et outre le contenu aux actes. Cette règle était fréquemment attaquée, sous prétexte que le contenu aux actes blessait souvent la vérité et la justice, ce qui peut en effet être vrai quelquefois. Les parlements s'arrogeaient donc le pouvoir d'écarter la règle ou de l'éluder, lorsque les circonstances étaient si frappantes (1) qu'elles leur paraissaient *capables de mettre les parties hors le cas de la loi*, ou qu'elles leur semblaient caractériser un délit. On ne doit pas s'en étonner : ils participaient alors, jusqu'à un certain point, à la puissance législative.

185. D'ailleurs, les délits n'étaient pas déterminés ni spécifiés par des lois fixes; les principes sur la foi due aux actes n'étaient point établis sur des dispositions précises de la loi, mais sur le droit romain, qui n'avait pas force de loi dans les pays de coutume, sur la raison qu'il est malheureusement trop facile d'égarer par des sophismes, ou par ce fantôme d'équité imaginaire, dont la séduction est si puissante, et qu'on ne manque jamais de mettre en avant quand on veut éluder la loi pour s'abandonner à l'arbitraire.

Ajoutez à cela que, les arrêts ne contenant alors ni les faits de la cause, ni les motifs du jugement, l'infraction ou la fausse application de la loi étaient moins sensibles.

184. Aujourd'hui les principes sont plus précis et plus fixes; ils sont devenus des préceptes impératifs; ils sont érigés en lois, et les magistrats sont soumis à l'observation littérale de la loi. Ils ne peuvent s'en écarter sous prétexte de réprimer un délit qui n'est pas spécifié et caractérisé par la loi. Nul méfait, nul délit, ne pouvant être punis de peines qui n'étaient pas prononcées par la loi avant qu'ils fussent commis (art. 4 du Code pénal), ils ne peuvent éluder la lettre de la loi, quand elle est claire, ni sous prétexte d'équité, ni sous prétexte de l'interpréter ou d'en pénétrer l'esprit; et s'ils la transgressent par une violation ouverte, ou par une fausse application, leurs arrêts sont soumis à la censure de la cour de cassation, spécialement instituée pour maintenir l'observation littérale de la loi.

Ce serait donc perdre le temps que de s'arrêter aujourd'hui à discuter ou à essayer de concilier les anciens arrêts (2) rendus pour ou contre l'admissibilité de la preuve testimoniale, relativement à la simulation des actes, quand il ne s'agit pas de l'intérêt des tiers. On ne doit plus avoir aucun égard à ceux qui se sont écartés des principes.

Il nous semble donc que, sous l'empire de notre nouvelle législation, on ne peut plus élever de doutes raisonnables sur la résolution des questions ci-dessus proposées et autres semblables, et que les tiers seuls, dont les droits ont été fraudés par la simulation des actes, et non pas ceux qui y ont concouru et consenti librement et sans surprise, peuvent être admis à la prouver par témoins, parce qu'il leur a été impossible de s'en procurer une preuve littérale.

L'imprudent qui reconnaît avoir reçu une dot, ou une somme qui ne lui a pas été comptée, ou qui se prête à une simulation, sans prévoir qu'elle pourra lui devenir un jour préjudiciable, doit porter la peine de son imprévoyance. Il pouvait, il devait exiger une contre-lettre, et la loi l'en avait averti ; elle lui commandait de se procurer une preuve écrite de toutes choses excédant la valeur de 150 francs. En ne le faisant pas, il a désobéi à la loi, qui, pour peine de sa désobéissance, et de plus par un motif d'intérêt public, défend aux juges de recevoir la preuve testimoniale qu'il offre (3).

On ne doit même pas à cet égard distinguer, comme le faisaient quelques parlements (4), les actes authentiques des actes sous seing privé; ceux qui portent que la numération des espèces a été faite en présence des notaires, de ceux qui énoncent simplement que la somme a été payée.

L'article 1322 du Code porte « que l'acte sous seing privé, reconnu par celui auquel on l'oppose, ou légalement tenu pour reconnu, a, contre ceux qui l'ont souscrit, et leurs héritiers ou ayants cause, la même foi que l'acte authentique. » Et l'article 1320 porte « que l'acte, soit authentique, soit sous seing privé, fait foi entre les parties, même de ce qui n'est exprimé qu'en

---

(1) *Voyez* Duparc-Poullain, *Principes du droit*, t. 9, p. 294, n° 30.

(2) On peut voir ceux qui concernent la preuve testimoniale de la simulation des reconnaissances de dot dans le *Nouveau Denisart*, v° *Dot*, § 10, n°s 8 et 9, p. 114 et suivantes, et dans le 133e plaidoyer de Cochin, tome 5, p. 331. Son éloquence, la force et la solidité de ses raisonnements ne purent empêcher le parlement de Paris d'admettre, par arrêt du 1er septembre 1740, la preuve testimoniale contre la demoiselle Gautier, et de déclarer nulle une quittance de dot de 40,000 livres, quoique le contrat de mariage portât la numération et le délivrement de la dot, et la présence du notaire et des témoins. *Voyez* aussi Duparc-Poullain, *ubi supra*.

(3) Proudhon, n° 2365, enseigne que ceux qui contribuent aux fraudes d'un débiteur envers ses créanciers, soit qu'ils en profitent ou non, sont tenus de réparer tout le tort qu'ils ont fait ; et la même doctrine, l'auteur l'applique à la simulation.

(4) *Voyez* le *Répertoire*, v° *Exception d'argent non compté*; le *Nouveau Denisart*, *ubi supra*, n°s 7 et 8.

termes énonciatifs, pourvu que l'énonciation ait un rapport direct à la disposition. »

Ainsi, lorsque l'acte simulé n'a été ni surpris par dol, ni extorqué par violence, la loi civile ne laisse à l'imprudent signataire, au préjudice duquel on en abuse, à ses héritiers ou ayants cause, que la ressource de l'interrogatoire sur faits et articles, et du serment. La preuve testimoniale de cet abus frauduleux et coupable n'est pas reçue (1).

185. Il est vrai, comme nous l'avons observé tome 3 (VI, édit. fr.), n° 93, que les faits de dol, les circonstances qui l'accompagnent, les manœuvres, les mensonges, les artifices employés pour tromper, peuvent être de nature à caractériser un crime ou un délit. Ils peuvent constituer un faux, une escroquerie (2), un abus de confiance, un vol, une filouterie, etc., et pour se ménager une preuve testimoniale contre et outre le contenu aux actes, qui serait rejetée dans les tribunaux civils, on s'adresse souvent aux cours ou aux tribunaux criminels, en donnant aux faits la couleur ou le nom d'un crime ou d'un délit; mais la plainte ne doit être reçue que dans les cas précis où les faits caractérisent clairement l'un des délits spécifiés par nos lois criminelles, et contre lesquels elles ont d'avance prononcé une peine ou une amende. Si les faits ne présentent pas ces caractères, la plainte doit être rejetée, et les parties renvoyées devant les tribunaux civils.

186. L'escroquerie est l'un des prétextes les plus fréquemment employés pour tenter d'éluder la défense d'admettre la preuve testimoniale contre et outre le contenu aux actes. Il est même peu de points qui aient donné lieu à plus de contestations, à plus d'erreurs de la part des juges, que les dispositions successives des lois nouvelles sur l'escroquerie. Il est facile, en effet, de la confondre avec le dol; car elle ne peut se commettre qu'au moyen du dol. Le dol constitue son essence; elle n'est qu'une espèce particulière du dol. Il est donc nécessaire de bien saisir le caractère spécifique de l'escroquerie, pour ne pas s'y méprendre : les législateurs même s'y sont quelquefois mépris.

Un escroc est un fripon, qui est dans l'habitude d'extorquer de l'argent ou d'autres choses par ruse, par fourberie. L'escroquerie est donc en général l'action que commet l'escroc en friponnant. Ce délit, qui est un véritable vol d'une nature particulière, n'était point défini dans l'ancienne législation. Il le fut par l'article 35 du titre 2 de la loi du 22 juillet 1791, sur l'organisation d'une police municipale et correctionnelle : « Ceux qui par dol, ou à l'aide de faux » noms, ou de fausses entreprises, ou d'un cré» dit imaginaire, ou d'espérances et de craintes » chimériques, auraient abusé de la crédulité de » quelques personnes, et escroqué la totalité ou » partie de leur fortune, seront poursuivis, etc., » et si l'escroquerie est prouvée, le tribunal, » après avoir prononcé les restitutions, dom» mages et intérêts, est autorisé à condamner, » par voie de police correctionnelle, à une » amende et emprisonnement, etc. »

Cette rédaction contenait deux vices essentiels : 1° elle semblait ranger toutes les fraudes, tous les dols, au nombre des délits d'escroquerie; 2° en ne distinguant point si les *faux noms*, pris pour tromper, pour escroquer, l'ont été verbalement ou par écrit, elle confondait, avec le simple délit d'escroquerie, le crime de faux, qui se commet en prenant un faux nom dans un acte écrit (3).

Ce dernier vice fut corrigé par le décret du 7 frimaire an II (27 novembre 1793), qui porte, art. 1er : « Ceux qui par dol ou à l'aide de » faux noms, pris verbalement et sans signa» ture, etc. »

Cette nouvelle rédaction laissait subsister le premier vice de la loi du 22 juillet 1791, et semblait, comme elle, mettre au rang des délits d'escroquerie toute espèce de *dol*. Ce défaut a été corrigé par l'art. 405 du Code pénal, du 12 février 1810. « Quiconque, soit en faisant » usage de *faux noms* ou de *fausses qualités*, » soit en employant des manœuvres fraudu» leuses pour persuader l'existence de fausses » entreprises, d'un pouvoir ou d'un crédit imagi» naire, ou pour faire naître l'espérance ou la » crainte d'un succès, d'un accident, ou de tout

(1) C'est là une erreur partagée par Rolland de Villargues, v° *Dol;* mais combattue par Duranton, tome 6 (X, éd. fr.), n°s 195 et 196; par Delvincourt, t. 2, p. 465, notes; par Chardon, *du Dol*, n° 155, et par Rolland de Villargues lui-même, qui modifie, au n° 38, ce que ces principes ont de trop absolu.

(2) Mais il faut bien y prendre garde : un arrêt du 3 septembre 1729 rejeta la prétention des héritiers du sieur de Lacour Deschiens, lequel, par contrat de mariage, avait reconnu avoir reçu de la demoiselle du Breuil une dot de 75,000 liv., qui ne devait être rendue qu'après son décès à ladite demoiselle du Breuil, laquelle refusa d'accomplir le mariage, et qui, dans la même année, épousa le sieur Victor à l'insu du sieur Deschiens. Le notaire qui avait reçu le contrat en avait mis la minute dans une enveloppe cachetée, sur laquelle il avait écrit de sa main que le contrat de mariage lui avait été confié comme un dépôt, afin que la demoiselle du Breuil ne pût tirer avantage de la quittance de dot y contenue, en cas que le mariage ne s'accomplît pas. Malgré ces circonstances, et d'autres qu'on peut voir dans Cochin, plaidoyer 133e, tome 5, p. 331 et 332, les héritiers du sieur Deschiens furent condamnés de payer la dot de 75,000 livres.

(3) Si l'acte est signé par celui qui prend un faux nom, il y a *signature fausse*, *contrefaçon de signature*. (Code pénal, art. 145 et 146.)

Si c'est un acte notarié que celui qui prend un faux nom ne signe pas, sur le fondement réel ou supposé qu'il ne sait pas écrire, il y a également faux, parce que la déclaration de ne savoir signer, reçue et attestée par le notaire, représente la signature qu'elle supplée. Ainsi décidé par plusieurs arrêts de la cour de cassation. (*Voyez* le *Répertoire*, v° *Faux*, § 6.)

» autre événement chimérique, se sera fait re-
» mettre, ou délivrer des fonds, des meubles ou
» des obligations, dispositions, billets, pro-
» messes, quittances ou décharges, et aura, par
» un de ces moyens, escroqué ou tenté d'escro-
» quer la totalité ou partie de la fortune d'au-
» trui, sera puni d'un emprisonnement d'un an
» au moins et de cinq ans au plus, et d'une
» amende de 50 fr. au moins, et de 3,000 fr. au
» plus..., le tout sauf les peines plus graves, s'il
» y a crime de faux. »

Mais cette rédaction, ayant omis la distinction faite dans le décret du 7 frimaire an II, entre les faux noms pris verbalement ou par écrit, semblait de nouveau mettre au nombre des délits d'escroquerie le faux commis en prenant un faux nom par écrit. La jurisprudence des arrêts de la cour de cassation a levé ce doute; elle a pensé que l'art. 405 du Code pénal, en donnant le caractère de simple escroquerie à l'usage d'un faux nom, ne doit être applicable que lorsque le délinquant a fait usage *verbalement*, et non par écrit, d'un nom faux et supposé; qu'en déterminant, pour cette espèce de délit, une peine correctionnelle, ce même article réserve expressément des peines plus graves, s'il y a crime de faux : exception qui, conformément au principe consacré par la loi du 7 frimaire an II, s'applique à tous les cas où le nom supposé est employé par écrit. Elle cassa, en conséquence, le 16 juillet 1813, un arrêt de la cour de Florence, qui ne condamnait qu'à des peines correctionnelles Antoine Ravaglioli, pour avoir escroqué une somme à l'aide de lettres signées du nom imaginaire de *Pierre Conti*. La cour de cassation pensa qu'il y avait faux, quoiqu'il n'y eût ni contrefaçon, ni imitation de l'écriture d'aucune personne connue.

Le délit d'escroquerie ne peut donc s'appliquer, suivant le Code pénal et la jurisprudence, qu'à l'espèce de dol qui se commet à l'aide de faux noms, pris verbalement, de fausses entreprises, de crédits imaginaires, d'espérances ou de craintes chimériques, pour abuser de la crédulité d'une personne, afin de lui escroquer de l'argent ou des meubles, des obligations, dispositions, billets, promesses, quittances ou décharges. Si la plainte en escroquerie n'est pas fondée sur des faits de cette nature, si ce mot n'est employé que pour parvenir à prouver, par une voie détournée, contre et outre le contenu aux actes, les juges correctionnels ne doivent y avoir aucun égard, quand même les témoins entendus se seraient réunis pour attester qu'en effet les parties ont fait et voulu faire autre chose que ce qui est contenu dans les actes, parce que le Code civil, qui commande aux juges criminels comme aux juges civils, en contient la défense expresse.

187. Dans ces cas, les juges de police correctionnelle doivent se borner à déclarer que les faits allégués ne constituent pas le délit d'escroquerie, qu'il n'y a lieu à plainte, sauf aux parties à se pourvoir à fins civiles, si elles le jugent à propos. En ne prononçant pas le renvoi, en se déclarant compétents, ils violeraient les règles de compétence établies par la loi, et ils exposeraient leurs jugements à la censure. Il ne leur suffirait même pas de qualifier d'escroquerie les faits déclarés constants par leur arrêt, si ces faits ne présentaient pas réellement les caractères de ce délit; car, pour motiver légalement une condamnation aux peines de l'escroquerie, il ne suffit pas de déclarer par le jugement d'une manière vague, que le prévenu, pour s'approprier frauduleusement le bien d'autrui, a abusé de sa crédulité par de fausses promesses, par des espérances ou des craintes chimériques; car l'escroquerie est un délit qui se compose de faits dont la moralité ne s'apprécie jamais sans difficulté (1). La cour de cassation, investie du droit d'examiner si les lois pénales ont été bien appliquées, ne peut en apprécier l'application que d'après les faits sur lesquels elle a été prononcée.

Les arrêts des cours criminelles doivent donc contenir la fixation précise des faits dont l'instruction a produit la conviction, parce que ces faits seuls peuvent servir de règle à la délibération de la cour de cassation, qui, ne pouvant juger de l'application de la loi, sur une déclaration vague de circonstances et de présomptions indéterminées, ne doit y avoir aucun égard.

Ce principe, applicable à tous les délits, même aux délits qui se forment par des faits simples et matériels, s'applique, à plus forte raison, au délit moral et complexe d'escroquerie. La loi ayant fixé les faits moraux qui peuvent constituer l'escroquerie, les faits simples, qui peuvent être des éléments de ces faits moraux, doivent être articulés dans les arrêts, afin que la cour supérieure puisse juger si la conséquence qui en a été déduite est juste, puisque cette conséquence, qui n'est que la qualification des faits, est la base de l'application de la loi pénale, le lien qui la rattache aux faits simples, dont la déclaration exacte est seule hors des attributions de la cour de cassation.

C'est sur ces principes qu'elle annula, le 3 décembre 1807 (2), un arrêt rendu par la cour de justice criminelle du Loiret, sur l'appel d'un jugement du tribunal correctionnel de Montargis, qui avait déclaré le sieur C*** coupable d'es-

(1) Mais *voyez* Bruxelles, cassation, 16 février 1837 (*Bull*, 1837, p. 148).

(2) L'arrêt est rapporté dans le *Répertoire de jurisprudence*, v° *Escroquerie*.

croquerie. La cour criminelle du Loiret confirma ce jugement, en déclarant qu'il était constant en fait que le sieur C*** avait par dol, par fraude, vaines espérances, fausses entreprises et craintes chimériques, abusé de la crédulité du sieur D*** L***, et escroqué une partie de sa fortune. La cour du Loiret pensait que ce dol, ces vaines espérances, fausses entreprises, craintes chimériques et abus de confiance, résultaient de l'ensemble de ces actes, des faits, surtout des débats, mais encore de présomptions graves.

La cour de cassation pensa, au contraire, que les faits n'étaient pas suffisants pour caractériser le délit d'escroquerie, et que, entre autres faits, si la cour du Loiret avait déclaré qu'une contre-lettre, dont l'existence n'était pas reconnue, avait été, par le fait du sieur C***, *soustraite*, *détournée* ou *cachée*, cette déclaration, présentant l'alternative de faits absolument différents, n'en décide aucun particulièrement, et qu'en réalité il ne résulte de l'instruction qu'une simple dénégation de la contre-lettre; en conséquence, l'arrêt fut annulé le 3 décembre 1807.

La cour de cassation n'a jamais varié sur ce point. Un arrêt de la cour de justice criminelle des Bouches-du-Rhône avait confirmé un jugement du tribunal correctionnel de Marseille, qui, sur la plainte en escroquerie de la veuve Lance, avait déclaré Chataud convaincu d'avoir abusé de la confiance et de la crédulité de cette veuve, et de lui avoir escroqué par dol et fraude l'acte de vente d'une maison, le 7 frimaire an IX, et par suite, le 2 thermidor suivant, un acte de constitution de rente à quatre pour cent, au capital de 2,500 fr., quoique le prix de la vente fût convenu à 5,000 fr. On articulait vaguement l'ignorance de la veuve Lance dans les affaires, son grand âge, sa surdité, et qu'étant née en Ligurie, elle entendait peu le français. Le même arrêt déclarait les deux actes nuls, et condamnait Chataud aux peines de l'escroquerie; mais il fut annulé par la cour de cassation, le 19 pluviôse an XIII, parce que, quand il a été passé un acte entre les parties, une allégation vague de fraude et d'escroquerie ne tend qu'à faire admettre une preuve par témoins, contre et outre le contenu aux actes (1).

188. La plainte en faux est encore un des moyens fréquemment employés pour tenter d'éluder, en prenant la voie criminelle, la défense de recevoir la preuve testimoniale contre et outre le contenu aux actes; mais ces tentatives ont toujours été proscrites par la cour de cassation, lorsque les faits contenus dans la plainte ne présentaient pas les caractères qui, suivant le texte de nos lois, constituent le crime de faux.

Le faux, disent les criminalistes, s'entend de trois manières : dans le sens le plus étendu, c'est l'altération de la vérité, avec ou sans mauvaise intention : il est à peu près synonyme de mensonge; dans un sens moins étendu, c'est l'altération de la vérité, accompagnée de dol, *mutatio veritatis cum dolo facta;* enfin, dans le sens étroit, ou plutôt légal du mot, quand il s'agit de savoir si le faux est un crime, le faux (2) est l'altération frauduleuse de la vérité, dans les cas déterminés et punis par la loi : c'était, suivant les docteurs, dans les cas déterminés par

---

(1) L'arrêt est rapporté dans le *Répertoire de jurisprudence*, v° *Dol* (édit. Tarlier, t. 8, p. 255). Il est bon d'en connaître les considérants :

« Attendu que, lorsqu'il a été passé un acte entre les » parties, il ne peut y avoir lieu à l'action en police cor- » rectionnelle que lorsqu'on articule des faits de dol et » de fraude qui attaquent la substance de l'acte, et qui » prouveraient qu'il n'est pas l'ouvrage de la volonté » libre et entière de celui qui l'a souscrit ;

» Qu'une allégation vague de fraude et d'escroquerie » ne tend q 'à faire admettre une preuve par témoins » contre et outre le contenu aux actes, ce qui est con- » traire à l'ordonnance de Moulins, à celle de 16 7, con- » firmée par l'art 1341 du Code civil.

» Que, dans l'affaire dont il s'agit, on articule vague- » ment, contre les deux actes passes entre Chataud et la » veuve Lance, le peu de connaissance de cette femme » dans les affaires, son grand âge, sa surdité, et qu'etant » née en Ligurie elle entend peu le français;

» Que, contre l'acte de vente, on articule, non que la » veuve Lance a été induite par machinations, par dol » et fraude, à consentir cet acte ; mais que cet acte con- » tient des faits contraires à ceux qui se sont réellement » passés; que le prix de la vente a été convenu à 5,000 fr., » et que l'acte n'en porte que 2,500; que le prix a été » payé comptant, tandis que Chataud se borna à donner » une reconnaissance sous seing privé d'être depositaire » de trois lettres de change appartenant à la veuve » Lance, ensemble de 3,000 francs payables à diverses » époques;

» Que, contre l'acte du 2 thermidor suivant, on arti- » cule que la veuve Lance se plaignit particulièrement » de ce que sa déclaration ne lui donnait point d'hypo- » thèque ; que Chataud promit de souscrire, en rempla- » cement, un contrat de 5,000 fr., payables aux mêmes » époques ; mais qu'il ne lui fut fait qu'une obligation de » 2,500 francs, au lieu de 5,000 francs, comme il était » convenu ; et que la somme, au lieu d'être payable à » jour déterminé, etait à constitution de rente à quatre » pour cent ;

» Que les témoins ont été entendus à l'appui des faits » articulés par la veuve Lance, et que ces faits sont en » contradiction avec ce qui est contenu dans les actes ;

» Qu'ainsi on a pris une voie indirecte pour faire » annuler ces actes, qui devaient faire foi jusqu'a inscrip- » tion de faux, et que le tribunal de police correction- » nelle etait incompétent pour en connaître ;

» La cour casse la plainte et toute la procédure qui a » suivi. »

(2) Dans la *Nouvelle Collection de jurisprudence*, connue sous le nom de *Nouveau Denisart*, recueil d'ailleurs si estimable par son exactitude, le Vasseur, v° *Faux*, définit le crime de faux : « Toute action faite avec l'in- » tention de faire paraître les choses autrement qu'elles » ne sont dans la vérité, et dont il peut résulter un pré- » judice notable. »

Si l'on s'attachait à cette définition, il serait difficile de trouver de la différence entre le dol et le crime de faux. Tout dol serait un crime de faux.

la loi Cornélia. *Falsum stricte sumptum dicitur illud tantum quod incidit in aliquod caput legis Corneliæ* DE FALSIS (1).

Mais cette loi n'ayant plus aucune force en France, qu'autant qu'elle peut se trouver d'accord avec nos lois nouvelles, et aider à en éclaircir ou fortifier les dispositions, il faut dire que le crime de faux n'existe que dans les cas déterminés par le Code pénal, art. 145, 146 et 147 (2), lesquels ont spécifié les faits et les circonstances qui caractérisent le faux.

Le seul mensonge dans un acte ne constitue pas le crime de faux, et quoiqu'il y ait toujours dol et mensonge dans le faux, il n'y a pas toujours crime de faux dans le mensonge, dans le dol, dans la simulation.

Cependant il y a eu des jurisconsultes qui regardaient comme crime de faux toute simulation employée dans un contrat, en fraude d'un tiers. Merlin (3) les a réfutés avec beaucoup d'érudition et de solidité; il a prouvé que cette doctrine était contraire à l'usage général de la France, et à la jurisprudence des arrêts. C'est, en effet, une maxime fort ancienne : autre chose est le faux, autre chose est la simulation. *Aliud merum falsum*, *aliud simulatio*, dit Dumoulin (4).

Cette maxime de l'ancienne jurisprudence devient d'une vérité frappante, sous une législation qui ne permet de mettre un prévenu en accusation que dans le cas où il s'agit d'*un fait qualifié crime par la loi* (art. 221-231 du Code d'instruction criminelle), et qui déclare nul l'arrêt de renvoi à la cour d'assises, *si le fait n'est pas qualifié crime par la loi*. (Art. 299.)

Il ne suffit donc pas d'alléguer vaguement qu'une pièce est fausse, il faut expliquer en quoi consiste le *fait* de la fausseté. Si ce fait n'est pas qualifié crime de faux par la loi, la plainte en faux doit être rejetée, quelque répréhensible que soit d'ailleurs le dol dont on se plaint.

Le Code pénal, dans les articles ci-dessus cités, ne reconnaît le crime de faux en écritures authentiques ou privées, que dans le cas où il y a fausse signature, altération ou contrefaçon d'actes, d'écritures ou de signatures, supposition de personnes, écritures faites ou intercalées sur d'autres actes depuis leur confection, supposition d'une convention ou obligation, au lieu de celle qui était arrêtée, d'un fait faux au lieu d'un vrai, fabrication de convention, disposition, obligation ou décharge, addition ou altération de clauses, de déclarations ou de faits que les actes avaient pour objet de constater (5).

Si les faits ne présentent point l'un de ces caractères, la plainte doit être rejetée (6).

189. On voit combien ces principes diffèrent de ceux qu'on suivait dans notre ancienne jurisprudence française, où, les délits et les peines n'étant point déterminés d'une manière spéciale, on tenait pour maxime que les peines étaient arbitraires; où les tribunaux, et surtout les parlements, s'arrogeaient le droit de prononcer contre un méfait une peine qu'aucune loi n'avait spécialement prononcée, lorsqu'ils jugeaient que les circonstances lui donnaient le caractère d'un délit punissable.

Ces principes sont encore bien différents de ceux du droit romain, où les délits privés, tels que le vol ou le larcin, ne donnaient lieu en général qu'à une condamnation pécuniaire et civile, pour la réparation du délit, et pour les dommages et intérêts de la personne lésée. Aussi les jurisconsultes donnaient à chaque délit privé une étendue excessive. Par exemple, ce n'était pas seulement la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui qu'ils qualifiaient de vol; la rétention de la chose empruntée ou déposée était un vol; celui qui avait emprunté un cheval pour aller dans un lieu convenu, et qui le conduisait plus loin commettait un vol. Il en était de même de celui qui, ayant emprunté de l'argent pour faire les frais d'un repas, l'employait à d'autres usages (7); de celui qui, après avoir donné un

(1) Farinacius, *de Falsitate et Simulatione*, quæst. 150, nº 7; le *Repertoire*, vº *Faux*, sect. 1, § 4.

(2) On ne doit plus aujourd'hui recourir aux lois antérieures pour déterminer le faux. L'article 484 et dernier du Code pénal porte : « Dans toutes les matières qui » n'ont pas été réglées par le présent Code, et qui sont » régies par des lois et des réglements particuliers, les » cours et les tribunaux continueront de les observer. » Donc, dans les matières réglées par ce Code, les tribunaux ne doivent plus recourir aux lois antérieures.

(3) *Répertoire de jurisprudence*, vº *Faux*, sect. 1, § 4 (édit. Tarlier, t. 12, p. 4).

(4) Note sur l'art. 3 du chapitre 31 de la coutume de Nivernais.

(5) Sur les caractères du faux, et sur les cas où il y a ou non faux proprement dit, il faut absolument voir ce que dit Merlin, et les arrêts qu'il rapporte dans le *Répertoire*, vº *Faux*, §§ 4, 5 et suiv. Il faut seulement, en le lisant, se souvenir que l'auteur n'a pas toujours raisonné dans les principes du Code pénal actuel, du 12 février 1810, parce que les affaires dont il s'occupait étaient antérieures à la promulgation de cette loi.

(6) Quand même ces faits présenteraient les caractères d'un autre délit, tel, par exemple, que l'escroquerie, l'abus de confiance, etc., dont les cours d'assises ne peuvent connaître que par connexité. *Voyez* les *Questions de droit* de Merlin, vº *Incompétence*, § 5, nº 2.

(7) Instit., § 6, *de oblig. quæ ex delicto*, 4, 1, et *ibi* Vinnius. C'est sans doute d'après de pareilles notions que la cour de justice criminelle du département de la Seine avait, dans un arrêt du 12 frimaire an XIV, regardé comme coupable d'escroquerie celui qui, ayant emprunté des fonds sous la promesse d'en faire un emploi utile, mais avec l'intention de les dissiper, les avait en effet dissipés : mais l'arrêt fut cassé le 13 mars 1806, parce que les faits ne caractérisaient point l'espèce de dol qualifié d'escroquerie, laquelle se commet quand on abuse de la crédulité d'une personne à l'aide d'un crédit imaginaire ou d'espérances chimériques, suivant l'art. 35 du titre 2 de la loi du 22 juillet 1791 (aujourd'hui, suivant l'art. 405 du Code pénal). *Voy.* le *Répertoire*, vº *Escroquerie*, nº 7.

meuble en gage à son créancier, le lui soustrayait ensuite (1).

Cette interprétation extensive n'avait pas d'inconvénients dans le droit romain, où ces délits ne donnaient ordinairement lieu qu'à des condamnations pécuniaires, et elle avait l'avantage de procurer une action de plus aux personnes lésées par un méfait : or, c'était à Rome un avantage réel. Dans notre législation actuelle, où les délits sont soigneusement spécifiés par la loi, punis d'une peine déterminée, qu'elle a prononcée d'avance, et jugés par des tribunaux spécialement établis pour faire l'application de cette peine, il est évident que les méfaits quelconques qu'elle n'a point mis au rang des délits, et contre lesquels elle n'a point prononcé une peine spéciale, ne doivent être poursuivis que devant les tribunaux civils. En porter connaissance aux juges criminels, ce serait troubler l'ordre des juridictions, donner lieu de faire appliquer une peine à un fait contre lequel elle n'a pas été prononcée; enfin, fournir l'occasion et le prétexte d'éluder la défense d'admettre, en matière civile, la preuve testimoniale contre et outre le contenu aux actes, et au-dessus de 150 francs.

190. Après avoir examiné, par occasion, quand on peut ou non prendre la voie criminelle contre le dol, revenons à l'examen des cas où il peut être prouvé par témoins, dans les tribunaux civils. Nous avons déjà remarqué *supra*, n° 157, que l'art. 1348, qui fait à tous les quasi-délits, sans exception, l'application du principe que la preuve testimoniale est admissible, lorsqu'il n'a pas été possible de s'en procurer une littérale, n'en fait point l'application au dol, quoique plus répréhensible qu'un quasi-délit, et nous avons pensé que la raison de son silence est qu'il y a des cas où le dol ne peut être prouvé par témoins. Pour connaître ceux où il peut, et ceux où il ne peut pas l'être, nous avons, n° 165, rangé le dol en quatre classes générales (2) :

1° Celui qui est concerté entre les contractants, pour préjudicier aux droits des tiers, d'une manière quelconque. c'est ce dol qu'on nomme proprement *fraude*. Il est évident, et c'est, comme nous l'avons dit, une règle générale, que cette espèce de dol peut toujours être prouvée par témoins, parce que les tiers, n'étant point présents au contrat, n'ont pu se procurer une preuve littérale des fraudes qu'on y a commises ou pu commettre, à leur préjudice;

2° Le dol qui se commet auparavant, ou au moment même du contrat, pour tromper ou surprendre l'un des contractants, pour l'induire ou l'entretenir dans une erreur sans laquelle il n'eût pas contracté, ou n'eût pas contracté aux mêmes conditions, *dolus dans causam contractui*, dont parle l'art. 1116.

Celui-là peut encore toujours se prouver par témoins : et nous avons remarqué que cette preuve n'attaque ni l'existence, ni aucune des clauses de l'acte. Celui qui prétend qu'un acte lui a été surpris par dol avoue au contraire implicitement l'existence de la convention. La preuve qu'il demande à faire n'est point dirigée contre ni outre le contenu dans l'acte ou contrat, mais contre la substance même de la convention; elle tend à démontrer que la convention est nulle, parce que la volonté a été surprise. La demande ne tombe donc pas sous la prohibition de l'art. 1341 ; et d'ailleurs elle rentre sous l'exception de l'article 1348 : celui qui a été surpris n'a pu se procurer une preuve littérale de la surprise;

3° Le dol, postérieur à la perfection du contrat, qui n'a pas été la cause du contrat, mais qui est commis à l'occasion et par suite du contrat, dont l'un des contractants abuse au préjudice de l'autre, pour s'enrichir à ses dépens. Cette classe contient tous les dols commis contre l'une des parties, ou contre ses héritiers, à l'occasion et par abus des contrats déguisés, des quittances données avant d'avoir reçu, des payements faits sans quittances, des blancs seings, procurations en blanc; en un mot, tous les abus de confiance, par dénégation ou rétention de la chose confiée, lorsqu'il n'y en a pas de preuve écrite.

Cette espèce de dol ne peut être prouvée par

---

(1) « Aliquando etiam suæ rei furtum quis committit; veluti si debitor rem quam creditori pignoris causa dedit, subtraxerit. » Instit., § 10, *de obligat. quæ ex delicto*, 4, 1.

(2) Il est à remarquer que, d'après l'art. 1116, le dol ne soit une cause de nullité que quand les manœuvres ont été pratiquées par une des parties, et qu'il ne reste à la partie trompée qu'à poursuivre le tiers en dommages-intérêts. Néanmoins s'il y a eu collusion, complicité, c'est-à-dire connaissance des manœuvres révélées à la partie, cette espèce de complicité entraîne la nullité. (*Voy.* Pothier, *des Obligations*, n° 32; Delvincourt, t. 3, p. 463, notes; Chardon, n°s 17 et suiv.; Duranton, t. 6 (X, éd. fr.), n° 176; Rolland, v° *Dol*, n°s 17, 18 et 19.)

Mais remarquez que, bien que le dol pratiqué par un tiers, sans complicité du contractant, ne puisse devenir une cause de nullité, les manœuvres caractérisées dol n'ayant d'effet que parce qu'elles induisent en erreur, si l'erreur causée par le dol a été le motif déterminant du contrat, la nullité pourra être demandée pour erreur. C'est l'opinion de Toullier; de Delvincourt, t. 2, p. 465; de Chardon, *ubi supra*; et de Dalloz, v° *Obligations*, n° 215.

Le mot *tiers* doit ici s'entendre dans un sens restreint. Ainsi le dol n'est pas censé commis par un tiers lorsqu'il provient d'une personne qui représente la partie : tel est le tuteur à l'égard du mineur; le mari à l'égard de la femme, quant aux biens dont il a l'administration; le mandataire vis-à-vis du mandant. Ce n'est que contre le tuteur, mari ou mandataire que se poursuivent les dommages-intérêts, à moins qu'il n'y ait complicité; le contrat est résilié, la partie qui aurait tiré avantage du dol est tenue de restituer. (Delvincourt, t. 2, p. 463, 464, notes; Duranton, t. 6 (X, éd. fr.), n° 186, Rolland, n°s 54, 55.) Par conséquent, on peut opposer au successeur à titre universel le dol de son auteur; il en est de même du successeur particulier à titre gratuit, mais non du successeur à titre onéreux.

témoins, quand il s'agit d'une chose au-dessus de 150 francs, parce qu'il suppose toujours l'existence d'un fait, qui devait être prouvé par écrit. Nous en avons donné des exemples *supra*, nos 179 et suiv., dans la reconnaissance d'une dot non comptée, dans l'abus qu'on peut faire d'une donation déguisée, sous la forme d'un contrat de vente, lorsqu'il survient ensuite des enfants au donateur, ou en cas d'éviction de l'immeuble donné par forme de vente.

191. Un arrêt de la cour de cassation, dont l'espèce peut répandre beaucoup de jour sur la matière, nous en présente un nouvel exemple.

Gaudry, percepteur de contributions, avait deux titres de créance contre Chiorando :

1° Un bon (1), du 11 germinal an XIII, de la somme de 7,000 francs, qu'il avait payée pour Chiorando, lequel, par écriture mise à la suite du bon, s'était obligé à lui en tenir compte;

2° Une quittance du 18 du même mois, de la somme aussi de 7,000 francs, dite reçue de Gaudry. Chiorando prétendit que ces deux titres formaient un double emploi, et qu'il ne devait qu'une seule somme de 7,000 francs, parce que la quittance avait été souscrite pour être remise en échange ou en payement du bon qu'il avait donné à Gaudry, lequel ne remit point ce bon au commis de Chiorando, qui lui porta la quittance. Le fait ne manquait point de vraisemblance, et s'il eût été vrai, il y aurait eu, de la part de Gaudry, non-seulement un dol, mais un vol véritable, dans le sens que le droit romain donne à ce mot.

Traduit en justice, Chiorando demanda à prouver par témoins que la quittance de 7,000 francs n'avait été remise à Gaudry qu'en payement du bon de pareille somme, bon que ce dernier, au lieu de le remettre au commis qui lui porta la quittance, garda, sous prétexte qu'il avait été égaré.

La question était donc de savoir si la remise d'une quittance de 7,000 francs, en échange du bon de pareille valeur, pouvait être prouvée par témoins.

L'article 1341 s'y opposait, puisqu'il s'agissait d'une chose au-dessus de 150 francs; cependant la cour de Gênes, ville alors réunie à la France, admit la preuve testimoniale de ce fait, par le motif que les faits passés entre Gaudry et le commis de Chiorando n'étaient pas de nature à être constatés par écrit; ce qui était d'une fausseté évidente, puisqu'à défaut de la remise du bon, en échange de la quittance, le commis pouvait et devait s'en faire donner un reçu, avec obligation de rendre le bon. La cour de Gênes ajoutait que, s'il est permis de détruire, par la preuve testimoniale, une obligation qui ne doit son existence qu'au dol, il n'est pas défendu d'écarter, par le même moyen, le bon du 11 germinal, qui, suivant Chiorando, n'était resté entre les mains de Gaudry que par les mêmes causes qui anéantiraient une obligation quelconque.

Gaudry se pourvut en cassation, pour violation de l'article 1341, qui défend de recevoir la preuve testimoniale contre et outre le contenu aux actes, et pour fausse interprétation de l'article 1348, qui n'admet d'exception que dans le cas où il n'a pas été possible de se procurer une preuve littérale, ou dans le cas d'un commencement de preuve par écrit. Le bon du 11 germinal et la quittance du même mois constataient deux dettes. L'admission de la preuve testimoniale tendait à prouver qu'il n'y avait qu'une seule dette ; cette preuve avait donc pour but de détruire la foi due soit au bon, soit à la quittance. La preuve était donc défendue par l'art. 1341.

D'autre part, Chiorando avait pu facilement se procurer la preuve par écrit des faits passés entre son commis et Gaudry, lequel maintenait d'ailleurs, pour dernier moyen, que la remise volontaire et libre de la quittance entre ses mains ne pouvait être qualifiée de dol, ce qui est très-vrai; mais la rétention artificieuse du *bon*, à dessein de se procurer deux créances de 7 000 francs, au lieu d'une, eût été, en la supposant vraie, un dol caractérisé et très-répréhensible. Ce dol pouvait-il être prouvé par témoins? Telle était, en dernière analyse, la véritable question à décider; mais ce dol supposait un fait antérieur, savoir qu'il n'existait qu'une seule créance au lieu de deux, parce que la quittance n'avait été remise qu'en payement du bon, et à condition de rendre le bon. Or ce fait ne pouvait être prouvé que par écrit, et non par témoins, car il avait été facile de s'en procurer la preuve écrite.

Néanmoins, la cour de cassation balança quelque temps à se décider, sans doute parce qu'on trouve établi dans les auteurs, d'une manière vague et générale, que le dol peut être prouvé par témoins; mais enfin, *après plusieurs délibérés,* elle cassa l'arrêt de la cour de Gênes : « Attendu que l'art. 1341 du Code défend d'admettre aucune preuve par témoins contre et » outre le contenu aux actes, et sur ce qui serait » allégué avoir été dit avant, lors ou depuis;

» Que cet article ne reçoit exception, aux » termes des art. 1347 et 1348, que lorsqu'il » existe un commencement de preuve par écrit, » ou lorsqu'il n'a pas été possible de se procurer » une semblable preuve;

» Attendu qu'il avait été possible au sieur » Chiorando de rapporter une preuve écrite des » faits par lui articulés, d'où suit que l'arrêt » dénoncé, en ordonnant la preuve testimoniale » de ces faits, a violé l'art. 1341 du Code civil, et » faussement appliqué... l'art. 1348; casse, etc. » L'arrêt est du 29 octobre 1810.

En déclarant que la cour de Gênes avait faus-

(1) Sur la forme et la nature de ces bons, *voyez* l'arrêté des consuls du 18 frimaire an VIII, dans le *Bulletin des lois*, n° 3470

sement appliqué l'art. 1348 à l'espèce dont il s'agissait, la cour de cassation a clairement décidé que le dol ne peut être prouvé par témoins quand il a été commis depuis ou à l'occasion d'un fait contesté, dont on n'a pu et dû se procurer une preuve littérale.

192. Enfin le dol de la quatrième espèce est celui par lequel, sans contracter avec une personne, on la détermine par des manœuvres, par des artifices, ou par des réticences frauduleuses, à faire une chose contraire à ses intérêts, afin d'en profiter soi-même ou d'en faire profiter un tiers, un parent, un ami : par exemple, lorsqu'on détermine une personne frauduleusement, et par de mauvaises voies, à renoncer à une succession ou à l'accepter (art. 783), à passer un contrat onéreux avec un tiers, etc.

Cette espèce de dol rentre jusqu'à un certain point dans la classe des quasi-délits. C'est un fait qui cause du dommage à autrui, et qui oblige celui par la faute duquel le dommage est arrivé à le réparer (art. 1382) : ce dol suppose de plus le dessein de nuire. On peut donc toujours prouver par témoins cette espèce de dol, parce qu'il n'a pas été possible à la personne trompée de s'en procurer une preuve littérale (art. 1348); mais la preuve même testimoniale en est toujours très-difficile : un simple conseil ne suffirait pas pour caractériser le dol, s'il n'était pas prouvé qu'il a été donné frauduleusement (1).

193. En terminant les questions que fait naître l'exception relative aux délits et quasi-délits, nous examinerons si la preuve testimoniale du fait d'usure est permise dans les tribunaux civils, sous l'empire de nos lois nouvelles, comme elle l'était sous l'empire des anciennes.

Cette preuve était reçue alors dans les tribunaux civils, même sans commencement de preuve écrite, parce que chaque fait d'usure était un délit qu'on pouvait même poursuivre par la voie extraordinaire. Le prêt à intérêt, quoiqu'il n'excédât pas l'intérêt légal, était alors considéré comme une usure. Le décret du 2 octobre 1789 permit le prêt à intérêt et en fixa le taux à cinq pour cent par an entre non commerçants, sans rien innover aux usages du commerce qui le fixait, assez généralement, à six pour cent par an, ou demi pour cent par mois. On ne considéra donc plus comme usurier ceux qui, en stipulant des intérêts pour argent prêté, s'y renfermeraient dans le taux de la loi; mais l'argent finit par être déclaré marchandise, et l'intérêt devint purement conventionnel. Il n'y eut plus, aux yeux de la loi, d'usure proprement dite, même de la part de ceux qui prêtaient à des taux exorbitants. Le Code civil n'apporta point de remède à cet abus; il laissa sur ce point une liberté entière sur les stipulations. « L'in- » térêt est légal ou conventionnel, dit l'arti- » cle 1907; l'intérêt conventionnel peut excéder » celui de la loi, toutes les fois que la loi ne le » prohibe pas. »

La loi du 3 septembre 1807 fit enfin cesser le désordre, en ordonnant, art. 1er, que « l'in- » térêt conventionnel ne pourra excéder, en ma- » tière civile, cinq pour cent par an, ni en ma- » tière de commerce, six pour cent, le tout sans » retenue. »

L'art. 3 ajoute que « lorsqu'il sera prouvé que » le prêt conventionnel a été fait à un taux excé- » dant celui qui est fixé par l'art. 1er, le prêteur » sera condamné, par le tribunal saisi de la » contestation, à restituer cet excédant, s'il l'a » reçu, ou à souffrir la réduction sur le principal » de la créance; et pourra même être renvoyé, » s'il y a lieu, devant le tribunal correctionnel, » pour y être jugé conformément à l'article sui- » vant, » qui porte, art. 4 : « Tout individu qui » sera prévenu de se livrer habituellement à » l'usure, sera traduit devant le tribunal correc- » tionnel, et, en cas de conviction, condamné à » une amende qui ne pourra excéder la moitié » des capitaux qu'il aura prêtés à usure, etc. »

Ainsi voilà l'usure mise au rang des délits, et la connaissance en est attribuée aux tribunaux correctionnels. Faut-il en conclure que le débiteur, autorisé à répéter les intérêts usuraires qu'il a payés, ou à les faire imputer sur le principal, peut être admis par le tribunal civil, comme il l'était sous l'ancienne jurisprudence, à prouver par témoins le fait d'usure, sans commencement de preuve par écrit?

Il est à remarquer d'abord qu'en défendant d'admettre la preuve testimoniale au-dessus de 150 francs, le Code n'a point excepté le fait d'usure. Il reste donc à voir si l'on peut, si l'on doit considérer l'usure comme étant comprise dans l'exception que fait l'art. 1348, relativement aux délits et aux quasi-délits.

Or, c'est un point qui n'est pas sans difficulté. La loi du 3 septembre 1807 fait une distinction importante entre les faits particuliers d'usure, dont un prêteur est convaincu, et le fait moral d'habitude d'usure; elle ne donne point aux faits particuliers d'usure, considérés séparément et en eux-mêmes, le caractère individuel de délit, puisqu'elle ordonne de porter l'action en répétition ou réduction des intérêts usuraires devant les tribunaux civils, qui doivent, si les faits sont prouvés, condamner le prêteur à la restitution ou à la réduction, sans renvoyer l'affaire devant le tribunal correctionnel, comme ils sont tenus de le faire dans le cas des délits qualifiés. Il est donc constant que le fait isolé de la perception d'un intérêt excessif n'est point ce qui caractérise le délit d'usure; que ce fait n'est point soumis aux peines correctionnelles prononcées par la loi, et qu'il ne soumet celui qui en est con-

(1) *Voyez* Dalloz, v° *Obligations*, n° 212; et sur les preuves du dol, Delvincourt, tome 2, p. 465; Chardon, *passim*; Rolland, n° 58.

vaincu qu'à la restitution ou à la réduction des intérêts excessifs par action civile, sans qu'il puisse être traduit devant les tribunaux correctionnels (1). Il paraîtrait donc que les faits particuliers d'usure ne sont pas compris dans l'exception de l'art. 1348, qui permet de prouver par témoins les délits et les quasi-délits, sans commencement de preuve par écrit; et comme d'ailleurs le Code n'a pas fait d'exception particulière relativement à l'usure, on pourrait en conclure que les tribunaux civils ne peuvent admettre la preuve testimoniale des faits d'usure.

Mais il faut répondre que l'art. 1 de la loi du 3 septembre 1807 a mis l'habitude de l'usure au rang des délits dont la connaissance est attribuée aux tribunaux correctionnels; qu'il a prononcé une peine contre ceux qui s'en rendent coupables, et que tout délit peut être prouvé par témoins; que si l'habitude de l'usure est un délit moral et complexe, qui ne constitue point un fait particulier considéré séparément, il se compose de plusieurs faits, qui en sont les éléments, et sans lesquels il ne peut exister; d'où résulte nécessairement que chacun de ces faits, dont l'ensemble constitue ou compose le délit, peut être prouvé par témoins; car l'ensemble ne peut se prouver autrement qu'en prouvant chaque fait, qui forme partie du tout;

Que l'on ne peut, dans le cas d'habitude d'usure, supposer, comme dans le cas de la violation du dépôt, la préexistence d'une convention, sans laquelle le délit n'existerait pas, et qu'il faut commencer par prouver devant les tribunaux civils, qui n'en peuvent recevoir la preuve que par écrit, et non par témoins;

Que le délit d'usure, au contraire, se forme dans les actes mêmes du prêt, qu'il est inséparable du prêt, qu'il se confond avec lui; que dès lors, tout délit étant susceptible d'être prouvé par témoins, les stipulations d'intérêts usuraires, qui en sont les éléments, et dont l'ensemble compose l'habitude d'usure, doivent être soumises à la même preuve testimoniale, sans qu'on puisse objecter que c'est prouver contre et outre l'acte écrit; parce que, en ce cas, c'est le contrat même qui est un délit, ou l'un des éléments du délit, et que même devant les tribunaux civils, les délits et les quasi-délits peuvent être prouvés par témoins (art. 1348, n° 1);

Que d'ailleurs la loi ayant défendu les conventions usuraires, et donné à l'habitude de ces conventions le caractère d'un délit, il y a nécessairement fraude et contravention à la loi dans toute convention de prêt où il a été stipulé un intérêt excédant le taux légal; que cette fraude et cette contravention se commettent au moment même du contrat, et par le contrat auquel, sans cette fraude, le prêteur n'aurait pas consenti; que c'est par conséquent cette fraude même qui a été la cause du contrat, *quæ causam dedit contractui;* et que si l'emprunteur s'en est rendu complice en y consentant, les lois anciennes et nouvelles ne lui en imputent point la faute; qu'elles présument même que le consentement qu'il y a donné n'a point été entièrement libre, mais extorqué par l'urgence de ses besoins, et la dureté du prêteur, auquel seul les lois imputent la faute de la fraude et de la contravention à la loi, d'où résulte qu'il faut appliquer à ce cas la disposition de l'art. 1353 du Code, qui permet au magistrat de se décider sur des présomptions, dans les cas où les preuves testimoniales sont admises, et lorsque le contrat est attaqué pour cause de dol ou de fraude. Ainsi, les faits particuliers d'usure peuvent être prouvés par témoins (2), et même par des présomptions devant les tribunaux civils.

194. L'art. 1348 fait en second lieu l'application de l'exception d'*impossibilité :*

« Aux dépôts nécessaires, *faits en cas d'in-» cendie, ruine, tumulte, ou naufrage;*

» A ceux faits par les voyageurs en logeant » dans une hôtellerie;

» Le tout, suivant la qualité des personnes et » les circonstances du fait. »

La première de ces applications aux cas d'incendie, ruine, tumulte et naufrage, qui sont donnés pour exemples, s'étend à tous les *accidents imprévus,* comme en cas de guerre, invasion des ennemis, contagion, sédition ou émotion populaire, et autres cas pareils.

L'ordonnance de 1667 et le n° 3 de notre art. 1348 ne laissent aucun doute sur ce point. Dans ces malheureuses conjonctures, celui que la nécessité presse ne choisit pas son dépositaire; il ne fait pas ce qu'il veut. La frayeur trouble sa raison, et comme l'urgence ne lui laisse pas le loisir (3) de délibérer, il est contraint de confier ce qu'il a de plus précieux à

(1) *Voyez* un arrêt rendu par la cour de cassation le 12 novembre 1817.

(2) *Voyez* l'arrêt rendu par la cour de cassation le 12 décembre 1813 : par suite de ces principes, il a été plusieurs fois jugé qu'on peut prouver par témoins l'usure devant les tribunaux civils, sans recourir à l'inscription de faux contre l'acte authentique, par exemple, dans le cas d'un contrat de rente, quoiqu'il n'existe aucun commencement de preuve par écrit et que le capital ait été compté en espèces devant le notaire et les témoins. Cass., 28 juin 1821 ; Bordeaux, 10 janv. 1826 ; Caen, 25 juillet 1827; Bourges, 2 juin 1831 ; Bruxelles, 1er février 1834 (*Pasicrisie belge* à cette date).

Voir, dans le même sens, Duranton, t. 7 (XIII, éd. fr.), n° 332 ; Favard, *Répertoire*, v° *Usure*, n° 4 ; Chardon, n° 520 ; Garnier, *de l'Usure*, p. 110; *contra* un arrêt de la cour de Pau, confirmé par la cour de cassation le 22 mars 1824.

(3) « In his enim locus vel tempus non patitur plenus deliberandi consilium. » L. 1, ff. *de exercit. act.*, 14, 1.

« Depositum ex necessitate factum dicitur, ut pote in tumultu, incendio, ruina, naufragio, aliisque similibus causis in quibus nullum plenius deliberandi tempus datur; ut sæpe visum fuit, cum milites pecorarii omnia

la première personne de bonne volonté qui se présente, sans pouvoir s'assurer de sa fidélité, sans distinguer si c'est un ami ou un ennemi, sans songer à prendre une reconnaissance écrite, sans être souvent à lieu de la recevoir, à plus forte raison de l'exiger, pour ne pas désobliger le dépositaire bienveillant, contre lequel, en certaines occasions, elle pourrait devenir un titre de persécution, comme on l'a vu dans nos malheureux troubles civils.

Les lois romaines et les jurisconsultes considéraient avec raison, comme un délit, la dénégation d'un dépôt nécessaire, *in causa miserabili*. La nécessité où se trouve celui qui le fait rend inexcusable la perfidie de celui qui le nie, *cum vero extante necessitate deponat, crescit perfidiæ crimen, et publica utilitas coercenda est, vindicandæ reipublicæ causa,* dit Ulpien. (L. 1, § 4, ff. *de deposit.*, 16, 3 (1).)

195. Danty, n° 15, en conclut que la femme mariée ou le mineur auxquels un dépôt aussi sacré aurait été confié, et qui allégueraient l'avoir perdu, n'en seraient pas moins obligés de le rendre, parce qu'autrement ce serait leur permettre le vol.

Cette opinion paraît très-équitable. La femme est capable des obligations que la loi seule ou l'équité produisent. Ainsi, elle répond du préjudice causé par son quasi-délit, et l'art. 216 dit que « l'autorisation du mari n'est pas néces- » saire, lorsque la femme est poursuivie en ma- » tière criminelle ou de police. »

Mais la violation d'un dépôt nécessaire n'est point un quasi-délit, puisque c'est un fait volontaire. La femme ne peut être poursuivie devant les tribunaux de police, et, d'un autre côté, cette violation n'est point un délit qualifié, qui puisse être poursuivi criminellement. Il nous semble donc que le cas de dénégation d'un dépôt nécessaire, confié à une femme sans l'autorisation de son mari, reste sous l'empire de la règle ordinaire, et ne l'oblige que sous le point de vue de l'honneur, à moins qu'il ne soit prouvé que le dépôt a tourné à son profit, à celui de son mari, ou de la communauté.

196. Si le fait du dépôt nécessaire peut être prouvé par témoins, il semble qu'il faut préalablement prouver l'événement malheureux et imprévu, qui a mis le déposant dans la nécessité de faire le dépôt; mais la preuve de cet événement est ordinairement jointe à celle du dépôt. Les mêmes personnes qui l'ont vu faire ont été témoins de l'événement; cependant le contraire peut arriver, lorsque le déposant, fuyant avec précipitation le danger, se trouve contraint de déposer, à quelque distance de là, une somme ou un ballot, qu'il n'a pas la force de porter plus loin. Dans ce cas, sans doute, il faut prouver le fait de l'événement et celui du dépôt. Le magistrat doit même examiner si le dépôt prétendu, fait en fuyant, doit être considéré comme un dépôt nécessaire, et s'il faut appliquer à ce cas la disposition de notre article 1348 (2).

197. Si les témoins attestaient le fait de l'événement, et celui du dépôt d'une cassette, d'un ballot, par exemple, sans savoir ce qui s'y trouvait contenu, et si le déposant et le dépositaire n'étaient pas d'accord sur la somme contenue dans la cassette, sur le nombre et la valeur des effets contenus dans le ballot, il faudrait bien, faute d'autre preuve, recourir au serment *in litem*, conformément à l'art. 1369. Mais à qui déférer ce serment ?

Rodier, sur l'art. 3, tit. 20 de l'ordonnance de 1667, question 3, fait une distinction pleine de justice et de raison. Si le dépositaire a commencé par nier le dépôt, sa mauvaise foi, avérée par sa dénégation, ne permet pas au juge de lui déférer le serment : c'est au déposant qu'il doit être déféré, sauf à déterminer, suivant les circonstances, la somme jusqu'à laquelle il sera cru sur son serment.

Mais si le dépositaire a franchement reconnu, dès le principe, la réalité du dépôt, en soutenant toutefois qu'il est moindre que ne le prétend le déposant, celui-ci peut, sans doute, être admis à prouver par témoins la quotité de la somme, ou la quantité des effets; mais s'il ne fait pas cette preuve, c'est sans contredit au dépositaire que le serment doit être déféré : loin qu'il existe alors contre lui aucune preuve de mauvaise foi, il y a de sa part preuve acquise de bienveillance pour le déposant, puisqu'il a reçu un dépôt qu'il pouvait refuser, dont la charge volontaire, onéreuse pour lui, avantageuse pour le seul déposant, doit écarter le soupçon même de mauvaise foi.

198. Ce n'est pas seulement aux dépôts nécessaires, *in casu miserabili*, que notre article applique l'exception d'impossibilité; il l'applique encore, n° 3, à toutes « les *obligations* con- » tractées en cas d'*accidents imprévus*, où l'on » ne pourrait pas avoir fait des actes par écrit. »

Le Code, non plus que les orateurs qui ex-

surripientes pro furibus essent. Tunc simplex rusticus vel mercator fugiens cum suo thesauro, vel rebus pretiosioribus apud amicum latenter et tumultuarie deponebat, » dit Boiceau, 1, 3, et *ibi* Danty.

Ce dernier auteur rapporte, d'après Chenu, l'exemple d'un dépôt nécessaire fait par un protestant, le jour même de la Saint-Barthélemy, jour auquel il fut tué. Ses héritiers, nonobstant la prohibition de l'ordonnance de Moulins, rendue peu d'années auparavant, furent admis à la preuve par témoins contre le dépositaire catholique, qui avait eu l'infamie de nier ce dépôt.

(1) L'exception s'étend à tous les accidents imprévus, même autres que ceux énumérés dans l'article. Pothier, n° 779.)

(2) *Voyez* Chardon, *du Dol et de la Fraude, passim*; Rolland, v° *Dol*, n° 107; Duranton, t. 7 (XIII, éd. fr.), n° 564; Dalloz, v° *Preuve testimoniale*, n° 296.

posèrent les motifs de la loi, ne donne point d'exemple de ces *obligations*, de ces accidents imprévus qui, ne permettant pas de faire des actes par écrit, autorisent l'admission de la preuve testimoniale; mais il est évident que l'objet de ce n° 3 est plus étendu que celui du numéro précédent; autrement pourquoi en faire une disposition séparée? Le n° 3 nous paraît donc être une disposition ampliative, qui ajoute aux précédentes en deux points essentiels, l'un sur la nature des obligations, l'autre sur la nature des accidents dont il parle.

La disposition du n° 2 n'est relative qu'aux *dépôts* qu'un homme malheureux est contraint de faire, entre des mains inconnues ou infidèles, de ses effets les plus précieux, qu'il est menacé de perdre par les suites d'un accident funeste et imprévu, tels que *incendie, ruine, tumulte, naufrage*, etc.

Le n° 3 a pour objet, non-seulement les *dépôts*, mais encore toutes les *obligations* (remarquez qu'il ne dit pas les contrats) contractées en cas d'accidents imprévus quelconques, heureux ou malheureux, sans distinction, mais *où l'on ne pourrait pas avoir fait des actes par écrit.*

Dans l'espèce du n° 2, c'est le créancier malheureux, qui se trouvait contraint, par suite d'un *accident imprévu* et funeste, de déposer des effets précieux pour les sauver.

Dans l'espèce du n° 3, c'est le débiteur qui, par suite d'un *accident imprévu* quelconque, dans un lieu, dans un moment où l'on ne peut faire un acte par écrit, contracte une obligation que le créancier, qui n'était pas forcé de l'accepter, accepte néanmoins par pure bienveillance, et pour tirer l'autre d'embarras, ou pour le secourir. On peut en citer plusieurs exemples (1).

199. En voyageant sur un grand chemin désert, je rencontre un ami, un voisin, dévalisé par des *cosaques* ou des *brigands, c'est tout un.*

Voilà un malheureux accident. Il chemine tristement et presque nu, vers le lieu de sa destination, éloigné de cinquante lieues. J'ouvre ma bourse, je la partage avec lui, et je lui prête 600 fr. sur sa parole, pour se vêtir et continuer sa route. Il meurt, et ses collatéraux refusent de reconnaître cette dette sacrée, parce que je ne présente pas d'obligation écrite. Je dois être admis à prouver le prêt par le témoignage des personnes qui m'accompagnaient, ou de celles qui en ont entendu l'aveu de la bouche de l'emprunteur.

Supposons qu'au lieu d'avoir été dévalisé, celui dont nous venons de parler ait eu le malheur de perdre sa bourse. C'est encore un triste accident, un accident *imprévu*. Il nous paraît que le prêteur bienfaisant qui, sans aucun intérêt, est venu à son secours, doit encore être admis à la preuve testimoniale, toujours néanmoins suivant la conscience des juges, la qualité des personnes et les circonstances du fait.

Voici l'exemple d'un événement imprévu qui n'est pas malheureux.

Chargé de gloire et d'honneur, mais très-léger d'argent, un militaire, dont les services étaient oubliés, reçoit dans une campagne, éloignée de tout humain secours, où il s'est retiré, une lettre de son compagnon d'armes, le maréchal Gouvion Saint-Cyr, qui lui annonce sa promotion au grade de colonel, avec ordre exprès de se rendre, pour tel jour précis, dans une ville frontière où se trouve le régiment dont il doit prendre le commandement, et où doit se rendre le lendemain tel maréchal de France pour passer la revue des troupes.

Voilà un accident d'autant plus heureux, qu'il est imprévu. Mais voilà aussi un grand embarras; notre brave n'a pas même assez d'argent pour son voyage, et il n'en peut trouver au fond d'une campagne pauvre et sans ressources. Cependant la lettre a tardé, il lui reste à peine le temps de se rendre au jour prescrit. Il part donc, comptant trouver dans une ville de son passage un ami riche, dont la bienveillance et la générosité sont éprouvées; mais par hasard, voyageant en sens contraire, cet ami le croise, et le rencontre sur le grand chemin, lui prête 3,000 francs sur sa parole; et chacun continue son voyage.

Le colonel meurt, quelque temps après, des suites d'une blessure mal guérie, et ses collatéraux contestent l'emprunt de 3,000 francs, faute d'un billet écrit. Il nous semble que le prêteur obligeant doit être admis à faire entendre en témoignage, tant les personnes qui l'accompagnaient, que le domestique qui mit l'argent dans la valise ou dans la malle du colonel. C'est une obligation contractée par suite d'un *accident imprévu*, dans un lieu, dans un moment, où l'on ne pouvait *avoir fait un acte par écrit*, comme le dit le n° 3 de notre article. Ce n'est point, à la vérité, à la suite d'un accident funeste et malheureux comme dans l'espèce précédente, où nous avons supposé un homme dévalisé par des brigands; mais notre n° 3 ne distingue point entre les accidents heureux ou malheureux : il exige seulement qu'on ne pût faire un acte par écrit.

Ce n° 3, comme le n° 2, n'est que l'exemple d'une application du principe général, établi dans la première disposition de l'article, que la preuve testimoniale est admissible toutes les fois qu'il n'a pas été possible au créancier de se procurer une preuve littérale de l'obligation qui a été contractée envers lui : voilà le principe.

200. Mais quelle est l'impossibilité qui dis-

(1) Duranton, t. 7 (XIII, éd. fr.), n° 367; Favard, *Répertoire*, v° *Preuve*, § 1, n° 25; Rolland, nos 111, 112 et 113; Dalloz, v° *Preuve testimoniale*, n° 203.

pense de se procurer une preuve littérale (1), et qui autorise l'admission de la preuve testimoniale? Faut-il qu'elle soit absolue ou seulement relative, physique ou seulement morale? Voilà ce que le Code ne dit point; ce qu'il a bien fait de ne point dire. Une disposition impérative, sur ce point, ne pouvait qu'être imparfaite, souvent injuste en plusieurs occasions, par sa généralité; elle aurait gêné les juges dans son application aux cas particuliers. Le Code s'est donc sagement contenté de donner des exemples propres à développer le principe, à faciliter sa juste application, et à indiquer, par les conséquences qu'on peut en tirer, ainsi que par analogie, quelle est la nature des impossibilités qui dispensent de se procurer un écrit, et qui peuvent faire admettre la preuve testimoniale.

L'impossibilité peut exister, suivant l'article 1348 :

1° Par la nature même de l'affaire, et du fait d'où est née l'obligation, comme dans les quasi-contrats, dans les délits, ou les quasi-délits. C'est l'objet du n° 1, que nous avons tâché de développer avec détail, *supra*, n°s 140 et suiv.

2° Le Code applique l'exception ou l'excuse de l'impossibilité en faveur du malheureux qui se trouve, en quelque sorte, contraint de confier le dépôt d'effets précieux, qu'il est menacé ou qu'il craint de perdre, par suite d'un accident funeste et imprévu, et qui, pressé par la nécessité, ne peut se procurer un acte par écrit. C'est l'objet du n° 2, que nous avons expliqué n°s 194 et suiv.

3° En faveur du créancier bienfaisant, qui se contente d'une obligation verbale, contractée par un débiteur pressé ou embarrassé, et dans un cas où l'on ne pourrait faire des actes par écrit. C'est l'objet du n° 3, que nous venons d'expliquer.

201. Le Code est la première loi, depuis la défense d'admettre la preuve testimoniale, portée par l'ordonnance de Moulins en 1566, qui ait énoncé cette exception, dont les auteurs ne parlaient point, et qu'il présente comme une application, ou une conséquence du principe dicté par la raison, et qu'il a aussi érigé en loi, que la preuve par témoins ne saurait être défendue, quand le créancier n'a pas su s'en procurer une littérale.

Nos législateurs ont pensé, avec beaucoup de sagesse, qu'une trop grande rigueur dans l'admission des exceptions, non-seulement blesserait souvent la justice, mais qu'elle tendrait même à refroidir et à étouffer la bienfaisance dans le cœur des hommes, et les rendrait moins disposés à se secourir lorsqu'ils se trouvent dans l'embarras.

Il semble en vérité, à voir sur ce point le rigorisme de la doctrine de certains auteurs anciens, et la répugnance ou la timidité que montraient autrefois les tribunaux à recevoir les exceptions à la prohibition de la preuve testimoniale, quand les circonstances en rendent l'application injuste ou immorale, que ces exceptions ne sont rien moins que des atteintes au droit public, tandis que réellement elles sont moins des exceptions que des retours au droit ancien et commun. Ce sont des cas où la loi ne peut, sans injustice, défendre une preuve nécessaire.

202. Le Code applique encore l'exception d'impossibilité au cas des dépôts faits « *par » les voyageurs, en logeant dans une hôtelle- » rie.* »

L'ordonnance de 1667, tit. 20, semblait borner cette exception aux dépôts faits « *entre les » mains de l'hôte ou de l'hôtesse*, etc. ; » c'est le texte de l'art. 4.

Le Code a retranché cette dernière incise, et avec raison; car l'obligation de l'hôtelier ne se borne point aux dépôts faits entre ses mains : il se forme, entre l'hôtelier et le voyageur, un engagement tacite, par lequel le premier s'oblige à loger le second, et à garder ses effets; celui-ci à payer sa dépense. Cet engagement se forme, sans convention expresse, par la seule entrée du voyageur dans l'hôtellerie, et par le dépôt des effets et autres choses mises entre les mains de l'hôtelier, *ou de ceux qu'il charge du soin de son hôtellerie* (2); (car cette charge est censée s'étendre aux personnes de sa famille et à ses domestiques, selon les fonctions qui leur sont commises; car, en les prenant à son service, ils deviennent ses préposés. Il est censé permettre que les effets des voyageurs leur soient confiés comme à lui-même) (3).

Nous verrons, en expliquant le titre 4, quelle est à cet égard l'étendue des obligations de l'hôtelier; il ne s'agit ici que de la preuve des dépôts faits par les voyageurs, tant entre les mains de

---

(1) *Vid. supra*, n° 139, et ci-après, n° 203.

(2) *Voyez* Domat, au titre *des Engagements des hôteliers*; et Dalloz, v° *Preuve testimoniale*, n° 298.

(3) « Quia is qui eos hujusmodi officio præponit, committi eis permittit » (L. 1, § 3, ff *nautæ, caup., stab.*, 4, 9. Domat, n° 3, *ubi supra*.)

Remarquons bien qu'il ne s'agit ici que de *voyageurs*; ainsi le dépôt fait par un habitant de la ville à un hôtelier est un dépôt volontaire. Mais l'on regarde comme voyageurs les personnes des lieux voisins qui viennent dans une ville et déposent leurs effets dans une auberge, pour pouvoir vaquer plus utilement à leurs affaires. (Duranton, t. 7 (XIII, éd. fr.), n° 365.)

L'article 1348 ne parle pas de la preuve par témoins de la remise d'effets aux voituriers par terre ou par eau. L'admission de la preuve orale, dans ce cas, résulte de l'article 1782, qui assimile les obligations des voituriers à celles des aubergistes. (*Voyez* Duranton, t. 7 (XIII, éd. fr.), n° 316; Favard, *Répertoire*, v° *Preuve*; Rolland, n° 109.)

Dalloz, en cela d'accord avec Duranton, n° 316, pense qu'on peut assimiler au dépôt nécessaire la remise de pièces à un officier ministériel.

l'hôtelier qu'entre celles des personnes dont il répond.

205. L'article 1348 du Code permet au juge d'admettre en ces cas la preuve testimoniale, suivant la qualité des personnes et les circonstances du fait, et, ce qu'il faut bien remarquer, il donne cette disposition comme une conséquence ou une application de l'exception d'*impossibilité*.

Il est pourtant bien évident que, dans l'acception rigoureuse du mot, il n'est point impossible aux voyageurs de se faire donner un reçu, par écrit, des effets qu'ils remettent en dépôt, en logeant dans une hôtellerie. Si l'on en excepte quelques méchants cabarets de campagne, où l'on ne va guère loger, il n'est point d'hôtellerie dont le maître et la maîtresse ne sachent signer, et où l'on ne trouve de l'encre et du papier. Les hôteliers et les logeurs sont même, dans les villes, obligés de tenir un registre, pour y inscrire les noms des personnes qu'ils logent. Ainsi, point d'*impossibilité proprement dite* d'avoir un reçu des dépôts confiés à l'hôtelier ou à ses domestiques, en entrant dans son hôtellerie.

Cependant, le Code présente la permission de prouver ces dépôts par témoins comme une conséquence ou une application de la règle, qui permet la preuve testimoniale « toutes les fois » qu'il n'a pas été possible au créancier de se » procurer une preuve littérale. »

On peut donc en conclure, avec certitude, que ce n'est point *une impossibilité absolue* de se procurer une preuve littérale qu'exige le Code, pour permettre au créancier la preuve testimoniale.

Mais, dans le langage de la société, on dit hyperboliquement qu'une chose est *impossible*, qu'on ne peut faire une chose, lorsqu'on ne la peut faire sans d'extrêmes difficultés, sans de grands embarras, sans des dépenses trop considérables. Or, dans ce sens, le maître d'une hôtellerie un peu fréquentée ne peut, sans d'extrêmes difficultés, sans de très-grands embarras, donner en personne des reconnaissances écrites de leurs effets à tous les voyageurs qui viennent loger chez lui. C'est pour lui une chose *impossible;* il ne le pourrait faire sans un préposé exprès, sans un commis qui, comme dans les bureaux de messageries, tiennent registre des effets déposés dans l'hôtellerie; mais il en résulterait une dépense trop considérable pour être supportée par la plupart des hôteliers. Aussi aucune loi de police ne les assujettit à tenir un pareil registre, ni à donner des reçus de leurs effets à tous les voyageurs. La nécessité où sont ces derniers de s'en rapporter à la bonne foi des hôtes est considérée comme une impossibilité suffisante de se procurer une preuve littérale des dépôts qu'ils sont obligés de faire, et le Code autorise les juges, en ce cas, à recevoir la preuve testimoniale, néanmoins, *suivant la qualité des personnes et les circonstances du fait :* restriction sage qui prévient les abus, et qui s'applique à tous les cas où la preuve testimoniale est admise, en vertu de l'exception d'impossibilité. En effet, le magistrat peut seul juger, par les circonstances du fait, si l'*impossibilité*, c'est-à-dire l'embarras et la difficulté de se procurer une preuve littérale, étaient, dans le cas particulier soumis à son jugement, suffisants pour excuser le créancier de ne s'être pas conformé à la loi, qui lui ordonnait de s'en procurer une.

Pleins de cette pensée, et convaincus que la loi ne peut déterminer le degré d'impossibilité suffisant pour dispenser le créancier de se procurer, en tel ou tel cas, une preuve littérale, nos législateurs ont abandonné cette question à la sagacité et à la prudence des juges, et se sont bornés à donner, dans l'art. 1348, des exemples propres à les guider, par analogie, dans l'application de l'exception d'impossibilité aux autres cas qui peuvent se présenter.

Ils ont même donné à ces exemples plus d'étendue que ne leur en donnait l'ordonnance de 1667. Elle permettait, par exception, la preuve testimoniale *des dépôts nécessaires en cas d'accidents imprévus;* mais elle gardait le silence *sur les obligations contractées* en pareil cas; et ce silence était regardé comme un indice suffisant qu'il ne fallait point appliquer l'exception à ces obligations : tant était rigoureuse l'interprétation que l'on donnait alors à la prohibition d'admettre la preuve par témoins; et jamais les auteurs ni les tribunaux n'avaient osé appliquer l'exception par analogie au cas, par exemple, d'un prêt fait par un créancier humain et bienfaisant à un homme malheureux, réduit aux plus grandes extrémités par suite d'un accident imprévu quelconque.

Nos sages législateurs ont réparé l'omission des lois précédentes, en appliquant l'exception d'impossibilité, d'une manière générale, aux obligations contractées en cas d'accidents « imprévus, où *l'on ne pourrait pas* avoir fait des actes par écrit. » (Art. 1348, n° 3.)

Mais quelles sont les circonstances où l'on ne pouvait avoir fait des actes par écrit ? C'est ce que le Code abandonne à la sagacité des magistrats, qui seuls peuvent juger quels sont les cas où l'on doit appliquer l'exception d'impossibilité. C'est une pure question de fait ; et, de quelque manière qu'ils prononcent, soit qu'ils admettent, soit qu'ils rejettent la preuve testimoniale, en décidant que, dans le cas proposé, il y avait, ou qu'il n'y avait pas d'impossibilité suffisante pour le créancier de se procurer une preuve littérale, le jugement ou l'arrêt ne peut être, avec succès, déféré à la censure de la cour de cassation, parce qu'il n'y a point de loi violée. Ce n'est, on le répète, que la décision d'une question de fait (1).

(1) Ainsi lorsqu'il est reconnu en fait que la partie qui

204. L'art. 1348 fait une quatrième application de l'exception d'impossibilité « au cas où » le créancier a perdu le titre qui lui servait de » preuve littérale, par suite d'un cas fortuit, » imprévu, *et* (1) résultant d'une force majeure. »

Cette disposition n'est qu'une conséquence nécessaire du principe. La même raison, dit fort bien Pothier, n° 816 (2), qui oblige à recevoir la preuve testimoniale des faits dont la partie qui les allègue n'a pu se procurer un acte, oblige aussi d'admettre à cette preuve celui qui, par un cas fortuit et imprévu, a perdu le titre qui lui servait de preuve littérale.

Par exemple, ajoute cet auteur, si, dans l'incendie ou dans le pillage de ma maison, j'ai perdu mes papiers parmi lesquels étaient des billets de mes débiteurs, ou des quittances de sommes que j'avais payées à mes créanciers, je dois être admis à prouver par témoins les sommes que j'ai prêtées, ou que j'ai payées, quel qu'en soit le montant, parce que c'est par un cas fortuit, imprévu et sans ma faute, que j'ai perdu les billets et les quittances qui formaient ma preuve littérale.

Il serait souverainement injuste de donner au hasard et au malheur l'effet de priver d'un droit légitimement acquis la personne qui s'est conformée à la loi, et à laquelle par conséquent on ne peut imputer aucune négligence. Aussi trouvons-nous que toutes les lois rendues sur cette matière se sont accordées à permettre, en ce cas, la preuve testimoniale.

205. La plus ancienne est un rescrit de l'empereur Alexandre, de l'an 226, qui décide qu'un testament, dont l'acte en forme a péri par accident, n'en est pas moins valide, en prouvant l'accident qui en a causé la perte.

La seconde loi est émanée de Justinien, en 528. (L. 18, Cod., *de testibus*, 4, 20.) Cet empereur, vivement frappé des abus qu'entraîne la preuve testimoniale, paraît avoir senti le premier la nécessité de chercher un remède à ces abus. Il crut le trouver pour un cas particulier, en défendant de prouver par témoins les payements de toute dette fondée sur un titre, à moins que ce ne fût par cinq témoins dignes de foi, qui attestassent que le payement a été fait en leur présence; mais il excepta le cas où la preuve écrite d'un payement de cette espèce a péri par force majeure (3).

Cette disposition a paru tellement équitable, que nos législateurs l'ont répétée et appliquée à tous les cas semblables qui peuvent se présenter.

Ainsi, l'ordonnance de 1667, après avoir établi les registres de l'état civil, comme les seuls titres probants, en fait de naissances, de mariages et de décès, ajoute : « Si les registres sont » *perdus*, la preuve en sera reçue tant par titres » que par témoins. »

Ainsi, la loi du 15 mars 1790, en maintenant le principe général que les droits ci-devant féodaux, qui n'étaient pas encore supprimés à cette époque, ne peuvent être exigés qu'en vertu de titres, porte, cependant, tit. 3, art. 6 : « Les » propriétaires de fiefs, dont les archives et les » titres auraient été brûlés ou pillés, à l'occa- » sion des troubles survenus depuis le commen- » cement de l'année 1789, pourront, en faisant » preuve du fait, tant par titres que par *témoins*, » dans les trois années de la publication des » présentes, être admis à prouver, soit par actes, » soit par la preuve *testimoniale* d'une *possession* » de trente ans antérieure à l'incendie ou au » pillage, la nature et la quotité de ceux des » droits non supprimés, sans indemnité, qui » leur appartiennent. »

Enfin le Code civil, après avoir répété, article 46, la disposition de l'ordonnance de 1667, qui permet la preuve testimoniale dans le cas particulier de la perte des registres de l'état civil, a généralisé cette disposition, en déclarant, par l'article 1348, appliquer l'exception d'impossibilité à tous les cas où le créancier a perdu le titre qui lui servait de preuve littérale, par suite d'un cas fortuit, imprévu, et résultant d'une force majeure.

206. On peut remarquer que toutes les lois romaines et françaises, qui permettent de prouver par témoins la perte d'un titre, survenue par cas fortuit ou accident imprévu, exigent que le demandeur prouve, en même temps, la perte et l'accident, ou la force majeure qui l'a causée, *causam peremptionis probantibus*, dit Justinien ; *faisant preuve du fait*, dit la loi du 15 mars 1790. C'est une conséquence de la maxime générale que le fardeau de la preuve incombe au demandeur.

Mais de plus, il en existe, dans le droit français, une raison particulière, parfaitement bien développée par Boiceau, lib. 1, cap. 13. C'est la prohibition générale d'admettre la preuve testimoniale de toutes choses excédant la valeur

---

allègue des accidents imprévus aurait pu se procurer la preuve écrite de ses allégations, elle n'est pas recevable, si elle ne l'a point fait, à les prouver par témoins : tel serait le gardien judiciaire qui n'aurait pas fait constater la mort de bestiaux confiés à sa garde, et qui demanderait ensuite à la prouver par témoins. (Cassation, 5 juillet 1825.)

(1) « Conjunctionem non nunquam pro disjunctione accipi Labeo ait. » (L. 29, ff. *de verb. signif.*)

(2) Édit. Tarlier, t. 1, p. 243.

(3) « Sin vero facta quidem per scripturam securitas sit, fortuito autem casu, vel incendii, vel naufragii, vel alterius infortunii perempta, tunc liceat his, qui hoc perpessi sunt, causam peremptionis probantibus, etiam debiti solutionem per testem probare, damnumque ex amissione instrumenti effugere. » (L. 18, Cod. *de testibus*, 4, 20.)

de 150 francs, lorsqu'on a pu s'en procurer une preuve littérale.

Or, si l'on ne peut pas prouver directement la chose par témoins, on ne peut être admis à la prouver indirectement. Si je ne puis, par exemple, prouver par témoins un contrat de vente dont le prix excède 150 fr., je ne puis également être admis à prouver par témoins que j'ai perdu l'acte de vente, qui était la preuve littérale du contrat. Autrement, que deviendrait la prohibition? Son objet est de prévenir les effets de la corruption, malheureusement trop fréquente, des témoins. Or celui qui aurait la faculté de trouver des témoins prêts à déposer, contre la vérité, que tel jour il a été passé verbalement, en leur présence, un contrat par lequel je lui ai vendu le fonds Cornélien pour 3,000 fr., n'éprouverait pas plus d obstacles à prouver, par les mêmes témoins, qu'il a été passé et signé, en leur présence, un acte de vente qu'ils ont vu et lu, et qui depuis a été égaré ou perdu, sans dire précisément par quel accident. Si, dans le premier cas, on ne peut admettre la preuve testimoniale, sans aller directement contre le texte même de la loi, on ne peut l'admettre dans le second, sans agir en fraude de la loi. (Boiceau, *ubi supra*, nos 2 et suiv.)

Mais, si le demandeur commence par exposer qu'il a éprouvé tel accident, un incendie, par exemple, qui est un fait notoire et constant, ou qui, dans tous les cas, est susceptible de la preuve par témoins, et que, *par suite* de cet accident, il a perdu tel titre qui lui servait de preuve littérale de la vente que lui avait consentie Titius, de tel fonds, pour tel prix; alors la teneur du titre n'est qu'un accessoire du fait principal de sa perte accidentelle, causée par cas fortuit ou force majeure, perte qui ne peut être prouvée qu'en disant ce qu'il contenait. Car, si l'on ne disait pas quelle était la teneur du titre perdu, le juge ne pourrait savoir quel titre a été perdu. On ne peut donc, en ce cas, opposer la maxime qu'on ne peut faire indirectement ce qu'il n'est pas permis de faire directement. Car ici la preuve directe est celle du cas fortuit que les lois permettent de prouver par témoins. La teneur de l'acte n'est qu'accessoire au fait de la perte, mais accessoire tellement nécessaire qu'on ne peut l'en séparer : car, si l'on ignorait la teneur du titre ou de l'acte perdu, on ne pourrait pas savoir quel titre a été perdu. Prenons donc pour constant qu'on peut prouver directement par témoins la perte fortuite et accidentelle d'un titre, et accessoirement ou par suite, dit notre art. 1348, et même par une suite nécessaire, la teneur du titre (1).

S'il en était autrement, la loi qui doit surtout protéger le malheureux, ne ferait que l'accabler et aggraver son malheur, en lui refusant pour prouver la perte de ses titres, une preuve nécessaire, une preuve dont il ne peut se passer et qui n'a jamais pu être défendue que dans les cas où l'on est à même de s'en procurer une littérale.

207. Mais, d'un autre côté, les égards qu'on doit au malheur ne doivent pas servir de prétexte à la mauvaise foi. Si le malheur est respectable, il ne donne pas la probité. N'est-il point à craindre que celui qui éprouve une perte par accident ne soit tenté de la réparer aux dépens d'autrui, sous le vain prétexte de titres qu'il a perdus?

La déposition des témoins doit donc être pesée avec beaucoup de soin; leur témoignage doit porter principalement sur la perte accidentelle et fortuite du titre; s'ils se bornaient à déposer qu'ils ont plusieurs fois vu et lu entre les mains du demandeur tel acte, tel titre, dont ils énumèrent toutes les clauses, mais sans dire par quel accident il a été perdu, sans indiquer la cause précise de la perte, autrement que d'une manière obscure et vague, on devrait avoir peu d'égard à leur témoignage; et celui qui demanderait à prouver la perte d'un titre, sans indiquer d'une manière bien précise l'accident qui l'a causée, ne devrait pas être écouté : sa demande devrait être rejetée.

Telle a toujours été la doctrine des auteurs. Telle a été l'ancienne, telle est encore la nouvelle jurisprudence.

Pothier, dont l'autorité est d'un si grand poids, parce qu'il a été le guide principal des rédacteurs du Code, s'exprime ainsi, n° 816 : « *Pour que le juge puisse admettre cette preuve,* » il faut que le cas fortuit qui a donné lieu à la » perte des titres, soit constant : par exemple, » dans l'espèce proposée, il faut qu'il soit avoué » entre les parties que la maison a été incendiée » ou pillée, ou que j'offre de le prouver, pour » que je puisse être admis à la preuve testimo- » niale des prêts d'argent, ou de payements dont » je prétends avoir perdu les billets ou les quit- » tances dans l'incendie de ma maison. »

Rousseau de Lacombe, v° *Preuve*, § 1, n° 6, dit plus brièvement : « Pour être admis à la » preuve par témoins de la perte d'un titre, » il faut prouver par quel accident il s'est » perdu. »

208. On peut voir dans les *Questions de droit*, de Merlin, v° *Preuve*, § 7, où la question est traitée avec étendue, un plus grand nombre d'autorités, avec la discussion des anciens arrêts rendus sur la matière. Cette discussion est terminée par un arrêt rendu dans les mêmes prin-

---

(1) « Sit ergo expeditus casus iste, testibus nimirum probari posse amissionem, et per consequens tenorem tituli. » Boiceau, *ubi supra*.

Voy. Merlin, *Questions de droit*, v° *Preuve;* Duranton, t. 7 (XIII, éd. fr.), n° 368; Rolland, nos 117 à 121.

cipes, par la cour de cassation, le 7 ventôse an XI. En voici l'espèce :

Le 22 mars 1782, Jean-Marie Meyroux vendit à Gabriel Gaube la métairie de Castel, avec faculté de réméré pendant vingt ans. Après la mort de Meyroux, Cécile Sanceys, son héritière, voulut user de cette faculté. Mais Gaube fils, héritier, soutint et demanda à prouver par témoins que Meyroux avait renoncé par écrit à la faculté de réméré, que l'acte de renonciation, rédigé sous seing privé, avait été vu et lu par plusieurs personnes, qui avaient reconnu l'écriture de Meyroux, mais que cet acte s'était égaré dans les mains du ci-devant seigneur de Roquefort, auquel on avait été obligé de l'envoyer pour l'investir.

Gaube fut admis à faire cette preuve, et, en conséquence de l'enquête qui fut faite, la demande de Cécile Sanceys fut rejetée. Mais le 3 pluviôse an VII, le jugement fut annulé par la cour de cassation, qui renvoya l'affaire au tribunal du département de la Gironde, lequel permit à Gaube de prouver : 1° que, postérieurement au contrat du 22 mars 1782, il fut passé un écrit sous seing privé, par lequel Meyroux renonça expressément à la faculté du rachat; 2° que cet écrit fut adressé à Gaube; 3° qu'il fut vu, lu et reconnu par plusieurs personnes, pour être écrit et signé de Meyroux, et pour contenir ladite renonciation; 4° que Meyroux envoya cet écrit avec le contrat de vente de 1782, pour l'investir, au ci-devant seigneur de Roquefort, qui l'a gardé pendant quelque temps, et qui, dit-il, l'a égaré ou perdu.

Sur l'enquête qui fut faite, un jugement du 13 floréal an VIII déclara Cécile Sanceys non recevable.

Sur un nouveau pourvoi de sa part, l'affaire fut portée à l'audience des sections réunies de la cour de cassation, présidée par Malleville, et le 7 ventôse an XI, un arrêt cassa le jugement du tribunal de la Gironde, par le motif que la jurisprudence (le Code n'existait pas alors), en assimilant aux dépôts nécessaires la perte d'un écrit, s'est conformée à l'esprit de l'ordonnance de 1667 (qui est aussi celui du Code), et aux dispositions des lois romaines, en ne permettant la preuve testimoniale du contenu de l'écrit perdu, qu'autant qu'on y ajouterait celle de la force majeure qui avait causé sa perte (1); au lieu qu'ici la preuve de la prétendue renonciation a été admise, sans même l'allégation d'aucun cas fortuit qui eût causé la perte de cette renonciation.

C'est donc un point de jurisprudence bien constant, qu'on ne peut être admis à prouver par témoins la perte d'un titre, qu'en prouvant ou demandant à prouver le cas fortuit ou la force majeure qui l'a causée; il faut, comme le dit énergiquement le Code, prouver que la perte est *la suite d'un cas fortuit, imprévu, et résultant d'une force majeure.* Voilà la règle nettement et clairement énoncée.

209. Mais comment prouver qu'un acte a été perdu par *suite d'un cas fortuit?* Faut-il que les témoins déposent précisément qu'ils ont vu brûler, enlever ou déchirer le titre par des brigands? C'est ce qui serait presque toujours impossible. Ma maison a été incendiée, c'est un fait constant que cent personnes peuvent attester; mais aucune d'elles n'a vu brûler le titre que je dis avoir perdu dans l'incendie. Les mêmes témoins ou d'autres ont vu et lu le titre dans mes mains, avant l'accident; ils l'ont vu dans ma maison, c'était une obligation de 3,000 fr., consentie par Titius à qui j'avais prêté cette somme. Mais s'ensuit-il que cet acte ait péri dans l'incendie? Nullement. Ne pouvait-il pas être au nombre des effets sauvés? Ne pouvais-je pas l'avoir mis ailleurs que dans ma maison, ou dans la partie de ma maison que l'incendie n'a pas atteinte? Ce prêt ne pouvait-il pas être remboursé auparavant? Voilà ce que les témoins ignorent, et ce qu'ils ne peuvent dire.

Mais, comme la loi ne peut exiger l'impossible, il suffit, suivant tous les auteurs, que les témoins déposent qu'ils ont, avant l'accident, vu, lu, ou entendu lire le titre dont il s'agit ; qu'ils savaient le lieu où le demandeur avait coutume de mettre ses papiers, et que, depuis, ils ont vu brûler et la maison et ce lieu, ou qu'ils ont vu des brigands envahir la maison, briser les portes et fermetures, enlever, déchirer, disperser, brûler les papiers, en sorte qu'il est vraisemblable que le titre dont il s'agit a été perdu ou détruit.

Telle est la seule preuve qu'on puisse exiger, une simple *vraisemblance;* et cette vraisemblance, dans l'impossibilité d'avoir une preuve positive, suffit pour faire foi de la perte du titre. La preuve, dit Boiceau, résulte de ces deux faits : 1° la connaissance du lieu où le demandeur gardait ses papiers; 2° l'incendie ou le pillage de la maison, et en particulier, du lieu où se gardaient les papiers. C'est ainsi, ajoute Boiceau, chap. 15, n° 8, que l'ont toujours décidé les juges : *et ita ab omnibus judicibus semper observatum fuit.*

210. Voici d'autres exemples : Je me plains qu'on m'a dérobé un acte de prêt de 3,000 fr., que Titius m'avait consenti. Cet acte a été vu et lu chez moi par plusieurs personnes. Les mêmes

(1) Il y avait cependant une circonstance bien favorable; c'est que Gaube prétendait que l'acte de renonciation avait été perdu par le ci-devant seigneur de Roquefort. Or il est certain que les vassaux étaient obligés d'exhiber leurs titres à la seigneurie.

Mais si réellement la renonciation prétendue avait été envoyée à la seigneurie, Gaube pouvait et devait en prendre un récépissé.

ou d'autres déposent qu'ils ont vu un fripon s'introduire furtivement chez moi, et en sortir avec des papiers, mais sans savoir quels étaient les papiers. Il est assez vraisemblable, d'après ces circonstances, que l'acte de la soustraction duquel je me plains était du nombre.

En voyageant, des voleurs m'ont assailli dans une forêt, et m'ont enlevé tous mes effets. Le fait du vol est constant et prouvé. Je prétends qu'un billet de 3,000 francs, consenti par Titius, se trouvait dans un portefeuille qu'on m'a volé. Ici, point assez de vraisemblance pour m'admettre à prouver par témoins l'existence et la teneur de l'acte. On n'a point coutume de voyager avec ses papiers.

Mais la moindre circonstance peut changer la décision. En revenant du lieu où Titius avait souscrit le billet, en présence de plusieurs témoins qui m'ont vu le mettre dans mon portefeuille, j'ai été dépouillé par des brigands : il est très-vraisemblable que l'acte a été enlevé avec mes autres effets.

211. Dans ces matières, comme en toutes celles où l'on juge sur de simples présomptions, la décision dépend nécessairement des faits et des circonstances, de la réputation du demandeur et du défendeur, etc. On ne peut donc qu'indiquer aux juges des motifs de décisions, des exemples, sans pouvoir leur prescrire des règles impératives. Dans tous les cas où la preuve testimoniale est admissible, l'art. 1353 les autorise à juger sur des présomptions, et l'art. 1367, à déférer le serment à l'une des parties. Ainsi quel que soit leur jugement, il ne peut, ni être soumis avec succès à la censure de la cour de cassation, ni servir de règle dans un autre cas (1).

212. Ce n'est point assez que les témoins attestent l'accident ou le cas fortuit qui a causé ou pu causer la perte d'un titre, il faut encore qu'ils disent quelle en était la teneur, sans quoi, comme nous l'avons déjà observé, on ne pourrait savoir quel titre a été perdu. Il faut même, en certains cas, qu'ils déposent des formalités dont l'acte est revêtu; en d'autres termes, qu'ils attestent la possession conforme au titre.

Ainsi, il peut y avoir quatre choses à prouver : 1° et dans tous les cas, l'accident qui a causé ou pu causer la perte d'un titre; 2° aussi dans tous les cas, la perte et la teneur du titre perdu; 3° en certains cas, les formalités dont l'acte était revêtu; 4° en d'autres cas, la possession conforme au titre.

213. Pour connaître la teneur d'un titre, il faut l'avoir lu soi-même, ou entendu lire par des personnes dignes de foi, et qui ne cherchaient point à tromper. Il faut donc que les témoins attestent avoir lu le titre perdu, ou l'avoir entendu lire, et par qui. La coutume de Normandie était plus rigoureuse. Après avoir, dans l'art. 527, défendu de recevoir la preuve testimoniale en propriété d'immeubles, elle ajoute, art. 528 : « Néanmoins, si le contrat a » été passé (devant notaires), ou le seing reconnu » devant tabellions, ou que les registres ne s'en » puissent recouvrer, celui qui l'a perdu doit » être reçu à faire preuve par témoins, que le- » dit contrat, avec la reconnaissance, ont été » *vus, tenus et lus*, et le contenu en iceux, et » qu'il y ait eu possession suivant le contrat. »

Ainsi, pour admettre la preuve testimoniale de la perte d'un titre, cette loi exigeait :

1° Que le contrat eût été *passé*, c'est-à-dire, passé devant notaires, ou qu'il eût été reconnu devant tabellions;

2° Qu'on ne pût recouvrer les registres, c'est-à-dire la minute insérée dans le protocole du notaire, et que l'acte fût perdu : mais on peut remarquer que cet article n'exige point qu'il soit prouvé que la perte fût la suite d'un cas fortuit, résultant d'une force majeure (2); ce qui laissait beaucoup de latitude au pouvoir des juges ;

3° Que le contrat eût été *vu, tenu et lu* par les

---

(1) Et en voici quelques exemples. Les juges ne peuvent admettre la preuve testimoniale du contenu en un acte que l'on dit avoir perdu, qu'autant que l'on offre de prouver un événement de force majeure qui en avait causé la perte. (Cass., 7 ventôse an XI.) Pour être admis à la preuve de l'existence d'un titre remis dans un dépôt public, et qu'on ne retrouve plus, il ne suffit pas de présenter un commencement de preuve par écrit de ce dépôt; il faut alléguer des faits tendant à prouver que le titre a été perdu par force majeure; et l'arrêt, qui tout en ne contestant pas le dépôt déclare que la preuve du dépôt ne suffit pas pour prouver l'existence du titre, ne viole pas l'art. 1347 du Code civil. (Cass., 5 déc. 1833.)

Par contre, la réunion d'un village à une autre commune, par suite d'investiture seigneuriale qui a duré plusieurs siècles, peut être regardée comme un événement de force majeure suffisant pour autoriser ce village, en cas de perte des titres qu'il aurait eus antérieurement contre la commune, et en vertu desquels, par exemple, il aurait exercé un droit d'usage dans une forêt de cette commune, à suppléer à la représentation de ces titres par la preuve testimoniale, ou de simples présomptions telles que celles qui résulteraient de sa possession des droits réclamés. (Cass., 23 mai 1832.)

(2) Aussi Basnage, sur cet article, rapporte un arrêt du 15 janvier 1672, qui réforme une sentence, laquelle admettait à faire preuve qu'un contrat de mariage sous seing privé avait été *vu, tenu* et *lu*. Elle fut réformée, parce que la preuve de la perte d'un titre n'est point admise pour les contrats sous seing privé, à moins que le seing n'ait été reconnu devant tabellions, et qu'il n'y ait eu possession en vertu des contrats; mais il paraît qu'on n'alléguait point, dans cette affaire, que le contrat eût été perdu par accident imprévu. Cependant Basnage, qui plaidait pour l'appelant, ne se fit point un moyen de cette circonstance; ce qui prouve qu'il ne croyait pas qu'il fût nécessaire, sous la coutume de Normandie, de prouver l'accident qui aurait causé la perte du titre, et se borna à soutenir que le contrat n'avait point été reconnu devant tabellions, et qu'il n'y avait point de témoins conformes.

témoins. « Tous ces faits, » dit Basnage, « doi- » vent être précisément articulés, autrement la » preuve n'eût point été admissible. »

4° Il fallait prouver la possession conforme au contrat.

Cet article est abrogé par l'art. 7 de la loi du 30 ventôse an XII. Il est remplacé par le n° 4 de l'article 1348, qui n'exige point toutes ces mêmes conditions, mais qui exige impérativement la preuve d'un accident imprévu, ou d'un cas fortuit, par suite duquel le titre a été perdu. S'il passe sous silence les conditions dont parle la coutume de Normandie, il n'en faut pas conclure qu'elles ne soient plus nécessaires dans tous les cas (1).

214. Si le Code n'exige point que les témoins aient eux-mêmes *tenu et lu* le titre perdu, il en résulte seulement qu'il s'en rapporte à la prudence du magistrat, sur le point de savoir si les moyens par lesquels ils ont eu connaissance de la teneur du titre sont tels qu'ils n'aient pu ni se tromper, ni être trompés. Nul doute, par exemple, qu'il soit suffisant qu'ils en aient entendu faire la lecture par le notaire. Mais si le créancier leur avait montré un titre qu'ils n'ont point lu, mais dont il leur a donné lecture, il ne paraît pas que cette circonstance fût suffisante pour assurer l'existence et la teneur du titre; à moins que d'autres circonstances ne se joignissent à cette première pour dissiper les doutes, car enfin le créancier a pu leur lire tout autre chose que ce qui était écrit sur le papier qu'il tenait et qu'il leur a montré. Les témoins ne déposent donc alors que sur un ouï-dire, et sur l'ouï-dire d'une personne intéressée.

215. Quant aux formes et aux solennités de l'acte perdu, la coutume de Normandie exigeait, comme nous venons de le voir, que les témoins eussent attesté qu'il était notarié, et en cas qu'il ne le fût pas, que le seing en avait été reconnu *par-devant tabellions;* autrement la preuve était rejetée.

Cette précaution était sage, mais il était trop rigoureux de l'exiger dans tous les cas, et de l'imposer aux juges comme une condition nécessaire, comme une règle impérative. Le Code l'a donc passée sous silence.

Si les témoins déposent seulement qu'ils ont vu et lu un acte sous seing privé, où je reconnais que vous m'aviez prêté une somme de 3,000 fr., il peut y avoir beaucoup de difficultés à recevoir un pareil témoignage.

L'acte notarié fait foi par lui-même de la vérité des signatures dont il est revêtu. Ainsi, quand je prouve qu'il a existé un acte notarié signé de vous, et que par suite de tel accident il a été perdu, je prouve tout ce qu'il faut pour que cet acte ait contre vous une pleine exécution.

Il n'en est pas de même de l'acte sous seing privé. La signature qui le termine n'est regardée par la loi comme l'ouvrage de celui dont elle figure le nom, que lorsqu'elle est reconnue ou légalement tenue pour telle.

Que vous servirait-il donc de prouver qu'un acte sous seing privé portant ma prétendue signature a été *vu, tenu et lu* par différentes personnes? Cette preuve faite, il reste encore à savoir si la signature qui se trouvait à la fin de cet acte était véritablement la mienne. Or, comment la justice pourrait-elle s'éclaircir sur ce point? D'un côté, en niant l'existence de l'acte, je nie nécessairement la signature qui le terminait; de l'autre, la signature n'existant plus, il est impossible de la vérifier par experts, ou par comparaisons d'écritures. Il doit donc y avoir beaucoup plus de difficultés à recevoir la preuve de la perte d'un acte sous seing privé, que celle d'un acte authentique.

Mais vous demandez à prouver que l'acte sous seing privé qui a été perdu par suite d'un cas fortuit a été rédigé et signé en présence de témoins dignes de foi; qu'ils ont même été appelés pour y être présents; allons plus loin, qu'ils l'ont signé comme conseils des parties : quels juges pourraient refuser l'admission d'une preuve de cette nature? Cependant ils n'auraient pu l'admettre sous l'empire de la coutume de Normandie. C'est donc avec beaucoup de sagesse que le Code n'en a point adopté la disposition, et qu'il s'en est reposé sur la prudence et sur la sagacité du magistrat, qui peut seul, d'après les circonstances, décider s'il faut admettre ou rejeter la preuve de la perte prétendue d'un acte sous seing privé, par suite d'un cas fortuit (2).

216. Quoique les actes notariés fassent foi par eux-mêmes de la vérité des signatures dont ils sont revêtus, néanmoins, quand ils sont perdus par suite d'un cas fortuit (3), il ne suffit pas que les témoins en attestent l'existence et la teneur, lorsqu'il s'agit d'actes pour la validité desquels la loi exige des formalités particulières, qui ne sont pas requises pour les actes ordinaires.

Par exemple, lorsqu'un testament authentique a été détruit par accident ou force majeure, il ne suffit pas que les témoins en rappellent la teneur; il faut encore qu'il résulte de leur témoignage que l'acte était revêtu des formalités prescrites par la loi. Telle est du moins la jurisprudence de la cour de cassation. Voici l'espèce :

Il s'agissait d'un testament qui avait péri de-

(1) *Voy.* Duranton, t. 7 (XIII, éd. fr.), n° 368; Rolland, n°s 122 à 123.

(2) *Voy.* Dalloz, v° *Preuve testimoniale*, n° 312.

(3) Par exemple, les minutes d'un notaire ont été incendiées avec sa maison, avant qu'il eût délivré une grosse de l'acte.

puis la mort du testateur, dans l'incendie général de la ville de Saint-Claude, le 1er messidor an VII. Les légataires demandèrent la délivrance du legs, et, en cas de dénégation, à prouver par témoins l'existence du testament.

Ils furent admis à la preuve, mais les premiers juges trouvèrent qu'il ne résultait pas de l'enquête que le testament eût été fait avec toutes les formalités légales, et par ce motif ils rejetèrent la demande des légataires.

La cour d'appel de Besançon, au contraire, jugea que, dès lors qu'on prouvait qu'il avait existé un testament détruit par force majeure, c'était le cas d'appliquer la maxime tirée de la loi 30, ff. *de verb. oblig.*: *Omnia censentur solemniter acta.*

Cet arrêt fut déféré à la cour de cassation, où l'on soutint : 1° que l'admission de la preuve testimoniale de l'existence d'un testament était contraire à la loi; 2° qu'on avait fait une fausse application de la maxime *omnia censentur solemniter acta.*

Ce dernier moyen fut accueilli, et l'arrêt de la cour de Besançon fut cassé le 10 février 1807 (1), par la considération que « si, d'après la procé-
» dure, la cour de Besançon a pu regarder l'exis-
» tence du testament comme suffisamment
» prouvée, elle n'a pu, en reconnaissant *l'insuf-*
» *fisance des dépositions des témoins pour prou-*
» *ver l'accomplissement de toutes les formalités*
» *requises pour la validité d'un pareil acte*, or-
» donner l'exécution du même testament, sans
» violer ouvertement les articles 55 et 47 de
» l'ordonnance de 1735 (suivant laquelle l'af-
» faire devait être jugée); que la loi 30, *de*
» *verb. obligat.*, n'a aucun rapport aux actes de
» dernière volonté, ni même aux cas où il s'agit
» de la perte fortuite d'un titre; qu'ainsi, ladite
» cour d'appel, en s'appuyant de cette loi pour
» couvrir le défaut des formalités dudit testa-
» ment, en a fait une fausse application. »

Cet arrêt paraîtrait, sans contredit, trop rigoureux, si l'on voulait en inférer que les témoins, qui ont vu et lu le testament, doivent nécessairement attester que toutes les formalités exigées par l'art. 972 (2) y étaient observées; peu d'hommes, autres que les gens de l'art, sont dans le cas de juger, à une simple lecture, si chacune de ces formalités a été ponctuellement suivie, puisque les notaires mêmes s'y trompent. Les simples citoyens ignorent la plupart de ces formalités minutieuses. On n'en peut donc raisonnablement exiger le détail dans les dépositions des témoins. Il suffit qu'ils disent que l'acte était revêtu de la signature de plusieurs témoins, et qu'il leur a paru en bonne forme.

Aussi remarque-t-on que, si l'arrêt de Besançon fut cassé, ce ne fut point parce que, dans l'espèce, les témoins n'articulaient pas dans leurs dépositions chacune des formalités du testament, mais parce que, comme la cour de Besançon elle-même le reconnaissait, leurs dépositions étaient insuffisantes pour en prouver l'accomplissement, et que, malgré cette insuffisance reconnue, elle ordonna l'exécution du testament, par le motif qu'on devait présumer l'observation de toutes ces formalités : *omnia præsumuntur solemniter acta.*

Il aurait donc suffi, suivant la cour de Besançon, que des témoins déposassent qu'ils ont vu et lu un acte testamentaire, par lequel le testateur instituait Caïus son héritier, ou lui faisait tel legs, pour ordonner l'exécution du testament détruit, parce qu'on devrait présumer que toutes les formalités y ont été observées, quoique les témoins ne le disent pas.

Voilà l'abus qu'a justement proscrit la cour de cassation, en décidant que, dès que les dépositions étaient reconnues insuffisantes pour prouver l'accomplissement des formalités du testament, la cour de Besançon n'avait pu en ordonner l'exécution.

Si, au contraire, la cour de Besançon, au lieu de reconnaître les dépositions insuffisantes pour prouver l'observation des formalités, les avait déclarées suffisantes pour faire croire qu'elles avaient été remplies, son arrêt n'aurait point été cassé, et n'aurait pu l'être, parce qu'il ne s'agit point, en cela, de la fausse application d'un point de droit, mais d'un fait sur lequel les juges seuls peuvent prononcer.

217. On avait soutenu, devant la cour de cassation, que la preuve par témoins d'un testament détruit par cas fortuit n'est point admissible. Cette proposition était contraire à la loi 2, Cod. *de testam.*, 6, 23. La cour, en conséquence, ne prononça pas spécialement sur ce point. Mais il résulte clairement du dispositif de son arrêt que cette preuve est admissible, et c'est aussi une conséquence directe de l'article 1348 qui permet cette preuve, en général, dans tous les cas où le créancier a perdu le titre qui lui servait de preuve littérale, par suite d'un cas fortuit imprévu ou résultant d'une force majeure. Les héritiers sont débiteurs du legs et les légataires en sont créanciers. On doit donc leur appliquer la disposition de l'art. 1348, quoique placée au titre *des Contrats et des obligations conventionnelles.* Le principe établi par cet article, sur l'admissibilité de la preuve par témoins, lorsqu'on ne peut s'en procurer une littérale, est général, et s'applique à tous les cas.

218. La preuve testimoniale de la suppression d'un testament serait admise à plus forte

(1) L'arrêt est rapporté dans le *Répertoire de jurisprudence* de Merlin, v° *Preuve*, sect. 2, § 3, art. 1, n° 27 (édit. Tarlier, t. 24, p. 456).

(2) *Voyez*, nos 439 et suiv., l'article qui correspond à l'art. 972.

raison, si les héritiers ou autres personnes, intéressés à la suppression du testament, l'avaient eux-mêmes déchiré, brûlé, ou supprimé de quelque autre manière que ce soit. Dans ce cas-là même, il suffirait au légataire de prouver l'existence, la teneur et la destruction du testament, sans être tenu de prouver, en même temps, que l'acte était revêtu des formes légales; le fait qu'il a été détruit par des personnes intéressées à sa destruction suffit pour faire présumer qu'il était revêtu des formes nécessaires pour sa validité. Ainsi l'a décidé, avec raison, un arrêt de la cour de cassation, du 1er septembre 1812 (1).

219. De même, si un acte sous seing privé avait été soustrait ou détruit par les personnes intéressées à sa suppression, il serait présumé de droit que les signatures en étaient véritables (2).

220. Si l'on peut recevoir la preuve testimoniale de la teneur d'un acte perdu, ou entièrement détruit par cas fortuit ou force majeure, cette preuve est également recevable, et par les mêmes raisons, lorsqu'il est devenu illisible par accident; par exemple, lorsque les caractères en ont été effacés, le papier corrompu par l'humidité du lieu où il était déposé; lorsqu'il a été rongé par les rats, percé par les insectes, etc. Dans tous ces cas, la preuve testimoniale doit être reçue à plus forte raison; car enfin l'existence du titre représenté, quoique mutilé ou effacé, est certaine. Quant au contenu qu'on ne peut plus lire, il peut être prouvé par des témoins qui déposent qu'ils reconnaissent le titre représenté pour le même qu'ils ont vu dans tel temps, lu ou entendu lire, et qui alors n'était point gâté, corrompu, ni illisible; qu'ils se souviennent des clauses et conventions qu'il contenait (3).

221. Ce n'est pas seulement aux exemples donnés par le Code que s'applique l'exception d'impossibilité, qui rend le droit de prouver leurs demandes par témoins à ceux qui n'ont pu se procurer une preuve littérale. Cette exception s'applique généralement à tous les cas. On ne saurait les indiquer, on ne saurait les prévoir tous. En voici encore un exemple.

222. La cessation ou la fausseté du motif qui avait déterminé le testateur à faire un legs en fait présumer la révocation. *Si alias legaturus non fuisset* (4), disent les lois romaines. Mais comment prouver la fausseté du motif? Il est évident que l'héritier légitime, qui le plus souvent ignorait l'existence du testament, n'a pu se procurer une preuve littérale de la fausseté de la cause qui déterminait le testateur à faire tel ou tel legs : aussi les auteurs ont, avec raison, enseigné qu'elle peut être prouvée par témoins (5).

223. C'est encore l'impossibilité de s'en procurer une preuve littérale, qui laisse admissible la preuve testimoniale des faits, lorsqu'ils sont étrangers à une convention, et qu'ils n'ont rien de relatif à ce qui est contenu dans les actes. En voici un exemple propre à répandre du jour sur la matière.

La péremption d'instance, suivant l'article 397 du Code de procédure, s'opère par la discontinuation des poursuites pendant trois ans; mais elle n'a pas lieu de plein droit : il faut la demander par requête signifiée d'avoué à avoué. Elle se couvre, suivant l'art. 399, par les actes valables, faits *avant la demande en péremption.* Supposons donc que les deux parties fassent signifier, le même jour, l'une le matin, sa demande en péremption, l'autre le soir, un acte de reprise d'instance, ou tout autre acte de procédure quelconque. Les huissiers ne sont pas dans l'usage d'insérer dans leurs exploits l'heure à laquelle la signification en a été faite, ni même si c'est avant ou après midi. La loi ne l'exige pas. Elle n'exige que la date du jour, mois et an (article 61 du Code de procédure).

Le demandeur en péremption peut-il, dans le cas proposé, être admis à prouver que son exploit a été signifié le matin, et celui de son adversaire le soir, pour en conclure que la péremption est acquise ?

On peut dire que l'art. 1341 défend d'admettre la preuve testimoniale *contre et outre le contenu aux actes.* On peut ajouter, par analogie et par argument de l'art. 2147 du Code civil, que les significations faites le même jour doivent être censées faites au même instant, sans aucun privilége de priorité l'une sur l'autre : mais on doit répondre que l'heure de la signification d'un acte de procédure n'étant pas insérée dans l'exploit, parce que la loi ne l'exige pas, celui qui, comme la loi le lui ordonnait, a confié à un huissier le soin de faire la signification, à laquelle il n'était pas présent, a été dans l'impossibilité de se procurer la preuve littérale de l'heure à

---

(1) *Voy.* Dalloz, v° *Preuve testimoniale*, n° 320; Rolland, n° 126.

(2) *Voy.* Dalloz, *ibid.*, *passim*; et Rolland, n° 123.

(3) *Vid.* Boiceau, lib. 1, cap. 15, n° 7.

(4) *Voyez* ce que nous avons dit tome 3 (V, éd. fr.), n° 654.

(5) *Voyez* Furgole, *des Testaments*, chap. 4, sect. 4, n° 11; le *Répertoire*, v° *Legs*, section 2, § 2, n° 14, *in fine*.

Mais on ne serait pas admis à prouver par témoins soit l'existence d'un testament olographe qui a disparu, soit la sincérité de l'écriture et de la signature de ce testament, quoique, après avoir été présenté au président du tribunal, il ait été transcrit sur les registres du greffe et de l'enregistrement, si la disparition, laquelle n'est pas alléguée avoir eu lieu par cas fortuit ou force majeure, n'est imputable qu'à ceux-là mêmes qui demandent à être admis à la preuve testimoniale. (Lyon, 22 février 1831.)

laquelle elle a été faite, et qu'il n'y a rien à lui reprocher, puisqu'en tout il s'est conformé à la loi; que d'ailleurs l'heure de la signification d'un acte de procédure est totalement étrangère à ce qui est contenu dans cet acte.

Par ces raisons, la cour de cassation rejeta, le 15 juillet 1818, le pourvoi contre un arrêt qui avait admis la preuve testimoniale de la priorité entre les deux exploits signifiés le même jour, « attendu que l'article 1341 du Code civil ne » prohibe point l'admission de la preuve testi- » moniale *sur des faits étrangers à la teneur d'un* » *acte de procédure*, et qui étaient abandonnés à la » vérification des magistrats. » Cette décision est importante, parce qu'elle peut s'appliquer à beaucoup d'autres cas (1).

Quant à l'analogie ou à l'argument qu'on voulait tirer de l'art. 2147 du Code, la cour ne s'y arrêta point. C'est une disposition spéciale et singulière (2), dont on ne doit pas tirer de conséquence.

224. Mais si la preuve testimoniale de l'heure à laquelle a été signifié un acte de procédure, peut être admise pour lui donner la priorité sur un autre acte, parce que c'est un fait étranger à la teneur légale de l'acte, faut-il en conclure qu'en général on peut admettre la preuve par témoins de la date des actes, dans les cas où la loi n'exige point cette date pour la validité de l'acte, parce que ce n'est pas prouver contre et outre le contenu aux actes?

Oui, selon Danty, dont les raisons paraissent d'un grand poids. Il demande, chap. 9, n° 9, s'il est permis de prouver par témoins qu'un marché a été fait en foire, et il dit : « Il y a lieu » à soutenir qu'on doit être reçu à cette preuve, » qui, en ce cas, n'est pas contraire à l'ordon- » nance. Car, quand elle défend la preuve de ce » qui ne se trouve pas rédigé par écrit dans » l'acte, elle n'a entendu parler que des conven- » tions qui en font partie, parce qu'ayant été » libre aux contractants de les y comprendre, » s'ils ne l'ont pas fait elle présume qu'ils les » ont omises à dessein, et elle ne veut pas qu'on » les puisse suppléer malgré eux, par une preuve » par témoins faite après coup; mais à l'égard » de *la date de l'acte*, ce n'est point une conven- » tion; elle ne dépend pas même, en quelque » sorte, du fait des parties, puisque, soit qu'elle » (la date) soit exprimée ou non, il est toujours » vrai de dire qu'il y en a une, laquelle est cer- » taine, quand l'acte a été une fois passé, et que, » par conséquent, ne s'agissant que de la véri- » fier, ce qui est un simple fait, la preuve par » témoins en doit être reçue; ce qui doit aussi » avoir lieu dans tous les autres contrats dont » la date a été omise : le contrat, tel qu'il est, » tenant lieu en quelque sorte, en ce cas, de » commencement de preuve par écrit. »

225. Duparc-Poullain, qui adopte cette opinion, *Principes du droit*, tome IX, page 281, étend la décision aux billets consentis par un mineur qui, étant devenu majeur, voudrait être restitué à cause de sa minorité. Il serait, dit-il, obligé de prouver la date du temps de la minorité, pour fonder la restitution, et il n'est pas possible de la prouver autrement que par témoins.

On pourrait même dire qu'il y aurait un soupçon de fraude de la part du créancier qui aurait engagé le mineur à ne pas dater, pour que le vice résultant de l'époque du prêt ne fût pas constaté.

226. Ce que nous venons de dire s'applique aux billets non datés, consentis par une veuve qui prétendrait les faire annuler comme consentis avant son veuvage, sans l'autorisation de son mari. Elle devrait prouver que leur date remonte au temps de son mariage; elle ne peut le prouver que par témoins.

227. Supposons encore qu'un vendeur a vendu le même fonds à deux acquéreurs différents, par deux contrats sous seing privé, l'un et l'autre sans date. Il est bien évident que la seconde vente est nulle, comme faite par un homme qui n'était plus propriétaire de la chose vendue : mais comment prouver la priorité de la première de ces ventes? Il est impossible de la prouver autrement que par témoins.

Le premier acquéreur pouvait, à la vérité, faire dater son contrat et se procurer ainsi une preuve écrite de priorité; mais le second acquéreur, ayant commis la même faute, ne peut faire valoir cette objection.

228. Supposons de plus que le second contrat soit daté, l'autre non; le premier acquéreur, dont le contrat n'est pas daté, pourra-t-il prétendre que le second a été fait en fraude de ses droits, et être admis à prouver par témoins que son contrat, quoique non daté, est antérieur à l'autre? Nul doute, si l'on peut prouver que le second acquéreur, dont le contrat est daté, a participé à la fraude; mais si on ne le peut pas, la preuve testimoniale n'en est pas moins admissible, car il s'agit d'une fraude commise au préjudice du premier acquéreur, qui n'a pu s'en procurer une preuve littérale.

229. Si, les deux contrats sous seing privé portant une date, l'un des acquéreurs prétendait que l'autre contrat est antidaté, la preuve testimoniale de l'antidate serait-elle admissible?

Oui, encore : car il s'agit toujours d'une fraude,

---

(1) *Voir* dans le sens de cette décision : Montpellier, 17 novembre 1829; Bruxelles, 23 mars 1831.

(2) « Jus singulare est, quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est » L. 16, ff. *de legibus*, I, 3. « Quod vero contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias. » L. 14, *ibid.*

et d'une fraude à laquelle, sans autre preuve, l'antidate ferait présumer que l'acquéreur a participé : autrement pourquoi souffrir une antidate contraire à la vérité (1)?

ARTICLE IV.

Troisième exception en faveur du commerce.

SOMMAIRE.

250. Comment l'exception faite, en faveur du commerce, à la prohibition d'admettre la preuve a été reçue par les lois nouvelles.
251. Doute que faisait naître le rapprochement de l'article 69 du Code de commerce et de l'art. 1341 du Code civil.
252. Il est levé par un arrêt de la cour de cassation. La preuve testimoniale est admise dans toutes les affaires qui sont de la compétence des tribunaux de commerce.
253. Excepté en ce qui concerne les contrats à la grosse, les contrats d'assurances, les contrats de société en nom collectif ou en commandite.
254. Questions élevées au conseil d'État, au sujet de l'art. 41 du Code de commerce.
255. Les payements faits en vertu d'un jugement de condamnation ne pourraient être prouvés par témoins au-dessus de 150 francs; il en est de même de la mise de l'un des associés.

250. Après avoir établi la règle générale, sur la défense d'admettre la preuve testimoniale dans les cas déterminés, l'art. 1341 y fait, en faveur du commerce, une exception conçue en ces termes : « Le tout sans préjudice de ce qui » est *prescrit dans les lois relatives au com-* » *merce.* »

Cette exception qu'on trouve aussi, mais en des termes bien différents, dans l'ordonnance de 1667, éprouva beaucoup de difficulté lors des conférences où cette ordonnance fut discutée. On voit par le procès-verbal, page 217, que Pussort, commissaire rédacteur, proposait un article ainsi conçu : « N'entendons néanmoins, » par le présent article, rien changer *dans l'usage* » *de tous temps*, observé pour ce regard en la jus- » tice consulaire des marchands. »

Le premier président de Lamoignon observa, « qu'encore que l'article ne décidât rien préci- » sément, les juges-consuls croiront néanmoins » avoir un titre qu'ils expliqueront en leur fa- » veur; que l'on a *toléré* qu'ils aient reçu la » preuve par témoins au-dessus de 100 livres, » lorsqu'on a cru qu'ils *étaient aidés par quel-* » *ques adminicules;* mais qu'il serait dange- » reux d'en faire un article d'ordonnance, parce » qu'ils en pourraient abuser. »

Pussort répondit qu'après avoir consulté les juges-consuls, ils avaient dit qu'ils étaient dans l'usage de recevoir ou de rejeter la preuve par témoins, selon la qualité des affaires et des personnes, et qu'ils avaient présenté *l'arrêt confirmatif d'une de leurs sentences*, par lequel le parlement avait jugé en termes formels que la preuve par témoins était recevable au-dessus de 100 livres....; de sorte qu'on avait cru qu'il serait mieux de ne rien innover, et de les conserver en leur possession et que, cela avait été ainsi arrêté par le roi.

On voit par cette discussion que, nonobstant l'ordonnance de Moulins, les juges-consuls s'étaient maintenus dans l'ancien usage qui, avant cette loi, formait le droit commun, de recevoir indéfiniment la preuve testimoniale; mais on voit aussi que cet usage n'était considéré que comme une tolérance (2).

Les auteurs fondaient avec raison cette tolérance sur l'impossibilité ou l'extrême difficulté de se procurer, en plusieurs cas, une preuve littérale dans les affaires de commerce. « La faveur » du commerce, dit Duparc-Poullain, tome IX, » page 315, n° 48, et *l'impossibilité ou la diffi-* » *culté* qui peuvent se trouver à passer des actes » entre les commerçants, ont fait conserver par » la loi la preuve par témoins dans les juridic- » tions consulaires, etc. »

Beaucoup d'affaires de commerce, ne souffrant aucun retard, rendent comme impossible de se procurer une preuve littérale ou un acte; mais cette difficulté n'existe pas dans tous les cas, et l'expérience apprend que l'usage d'admettre indéfiniment la preuve testimoniale dans les tribunaux de commerce entraîne des abus. Les rédacteurs du Code civil, qui n'ignoraient pas qu'on devait s'occuper d'un nouveau Code de commerce, ne voulurent pas consacrer d'une manière générale, comme l'avait fait l'ordonnance de 1667, l'ancien usage où s'étaient maintenus les tribunaux de commerce, d'admettre la preuve testimoniale indéfiniment, comme avant

---

(1) Nous terminerons par une observation. Il n'est question dans l'art. 1348, n° 4, que du titre perdu par le créancier; il n'en résulte aucune exclusion contre le débiteur qui aurait perdu un acte dont il aurait intérêt à se servir, une quittance, par exemple. La preuve orale devrait lui être accordée sous les mêmes conditions. (Duranton et Favard, v° *Preuve*, § 1er, n° 29.)

(2) « Un édit interprétatif du 30 janvier 1617 déclara que l'article 19 de l'édit perpétuel de 1611 devait être observé dans les affaires même commerciales, à l'exception des affaires de la bourse d'Anvers; les négociants de cette ville avaient réclamé une plus grande latitude, mais elle leur fut refusée. Les négociants de Gand et de Malines demandèrent également, mais en vain, d'être exemptés de l'observation de l'art. 19 de l'édit perpétuel. » (Anselmo, *ad Ed. perp*, art. 19, § 21, p. 188.) Les livres des marchands faisaient une preuve complète ou un commencement de preuve. (Anselmo, *ibid.*, art. 20 et 21, p. 198.)

l'ordonnance de Moulins; ils se bornèrent donc à dire, dans la dernière disposition de l'art. 1341 : « sans préjudice de ce qui est prescrit dans les » lois relatives au commerce; » disposition qui, au lieu de consacrer l'ancien usage, n'est qu'un renvoi aux lois sur le commerce, qu'on se préparait a reviser dans un Code spécial, où la question devait naturellement être agitée et résolue.

En effet, dès le 13 germinal an IX, une commission spéciale avait été chargée de la rédaction de ce Code. Le projet en fut présenté, le 13 frimaire an X, aux consuls, qui, par arrêté du 14 frimaire an X, ordonnèrent qu'il serait envoyé aux tribunaux et aux conseils de commerce pour y faire leurs observations.

Frappés des abus qu'entraînait la difficulté d'admettre indéfiniment la preuve testimoniale dans les tribunaux de commerce, les rédacteurs de ce projet proposaient de les ramener au droit commun.

L'art. 69 portait que « les achats et ventes » s'opèrent *verbalement*, ou par écrit.

» Ils se constatent par des actes publics, etc...

» Par la preuve testimoniale, *s'il y a commen-» cement de preuve par écrit.* »

Quoique cette disposition soit conforme au droit commun établi par l'art. 1347 du Code civil, elle était nécessaire pour marquer la différence que la loi a mise, quant à la preuve, entre les sociétés en nom collectif ou en commandite, lesquelles ne peuvent, suivant l'art. 39, être constatées que par des actes publics ou sous signatures privées, en se conformant en ce dernier cas à l'art. 1325 du Code civil.

Les achats et ventes, au contraire, peuvent être constatés par la preuve testimoniale, suivant l'ancien usage, auquel le projet dérogeait, en ce qu'il ne permettait cette preuve que s'il y a commencement de preuve par écrit.

Mais un grand nombre de tribunaux et de conseils de commerce réclamèrent contre cette innovation. Ils appuyèrent leur réclamation d'abord sur l'ancien usage et sur la jurisprudence des tribunaux de commerce.

Cette raison n'était pas suffisante pour faire admettre la réclamation; car l'usage et la jurisprudence, quand ils sont abusifs, doivent être corrigés et non suivis.

Mais ils ajoutèrent que la plupart des transactions qui s'opèrent dans les foires et marchés ne peuvent être prouvées que par témoins; qu'on détruirait tout moyen de réclamation, en n'admettant la preuve testimoniale que lorsqu'il y aurait un commencement de preuve par écrit. Les détails donnèrent à ces raisons une force irrésistible. Le tribunal de commerce d'Autun disait « que la disposition proposée par la commission serait une calamité dans le commerce en général. La majeure partie des affaires, surtout dans les départements, se font par des personnes illettrées, ou trop peu instruites pour tenir des livres. Les fermiers, les voituriers, les gens de campagne, en général, traitent de leurs affaires en foire, sur les places publiques, dans les lieux de rassemblement. La plupart ne savent ce que c'est que de tenir un livre, et n'ont pas de correspondance par écrit.

» Rarement les marchands nient leurs conventions, parce que, dans les foires et dans les lieux où se traitent leurs affaires, il se trouve presque toujours des témoins, et que le jugement qui interviendrait déshonorerait l'homme malhonnête. C'est, on n'en peut douter, ce qui a le plus contribué à inculquer et à maintenir la bonne foi qui est l'honneur et l'âme du commerce. S'il est périlleux de mettre la fortune d'un commerçant à la disposition des témoins, l'expérience prouve que le danger n'est pas aussi grand qu'on pourrait le craindre. Les parties sont là pour confondre les coquins; les juges pour les interroger et peser leur moralité.

» Enfin, quand le danger serait plus grand qu'il ne l'est réellement, nous dirions toujours que, sans le commencement de preuve par écrit, la preuve doit être permise, parce que le salut du commerce en dépend. Il se fait, dans une foire, pour 150,000, pour 200,000 francs d'affaires qui se livrent et se payent à la fin de la foire; qui empêcherait l'acheteur ou le vendeur de refuser la livraison? Oui, nous pensons que si la preuve testimoniale ne peut être ordonnée sans commencement de preuve par écrit, le commerce départemental est perdu. Bientôt il n'y aura plus de bonne foi. »

Mêmes réclamations dans le midi de la France. Le tribunal de Brignole exposait que la manière dont s'y fait le commerce des denrées y nécessite l'admission de la preuve testimoniale.

« L'huile, le vin, sont, disait-il, les principales denrées. Le commerce en est fait par des hommes, la plupart illettrés, qui achètent quelquefois, dans une matinée, trente à quarante parties de ces denrées, de divers particuliers, de spéculateurs également illettrés. Le marché se conclut rapidement, par un simple serrement de main et des arrhes plus ou moins fortes, selon l'importance de la vente. L'expédition n'a lieu que postérieurement et à des époques plus ou moins reculées. Quelquefois, et plus ordinairement, les négociants qui veulent faire, dans un jour, une partie considérable de vin et d'huile, emploient des mesureurs publics, en usage dans les communes, lesquels vont dans les villages et arrhent les parties qu'on veut leur vendre, au nom et pour le compte des acheteurs, expédiables et payables à des époques déterminées. Ces mesureurs publics sont la plupart illettrés.

» Cette manière de traiter est la seule en usage. Ces marchés sont exécutés de bonne foi, et nous n'avons jamais eu de procès à juger sur cette matière que quand il survient une augmentation ou une diminution extraordinaire. Dans ces cas, l'audition des témoins est le seul moyen de connaître la vérité. »

Ces raisons frappantes et décisives s'appliquent à tous les départements. Dans notre Bretagne, les grands achats de grains, soit pour l'approvisionnement des villes, de l'armée, des hôpitaux, etc., s'opèrent aussi par des agents qui vont acheter dans les campagnes et dans les marchés; les ventes se font souvent sur de simples échantillons, et les grains sont livrés aux époques verbalement convenues.

« S'il fallait, disait le tribunal de commerce de Lyon, dans tous les cas, un commencement de preuve par écrit, il deviendrait presque impossible de prouver aucune vente. »

Ces considérations parurent assez puissantes aux commissaires-rédacteurs du projet pour les déterminer à changer entièrement leur premier système, et pour en revenir à l'ancien usage des tribunaux de commerce, au lieu de les ramener sous l'empire des dispositions du Code civil. Dès lors, il devenait nécessaire de corriger l'article 69 de leur projet, et de le reviser en entier.

Après avoir analysé ces observations des tribunaux et des conseils de commerce, ils se rassemblèrent pour cette révision, lors de laquelle l'art. 69 du projet fut définitivement rédigé tel qu'il a été adopté. Il forme l'art. 109 du Code de commerce : « Les achats et les ventes se constatent, etc., par la preuve testimoniale, dans » les cas où le tribunal croira devoir l'admettre (1). »

251. Mais on ne s'aperçut pas que cette nouvelle rédaction, rapprochée de l'article 1341 du Code civil, laissait subsister du doute sur le point de savoir si les tribunaux de commerce peuvent indéfiniment, dans tous les cas, recevoir la preuve testimoniale, sans commencement de preuve par écrit. L'art. 1341 du Code civil, après avoir défendu d'admettre cette preuve au-dessus de 150 francs, ajoute : « Le tout sans préjudice de » ce qui est *prescrit* dans les lois relatives au » commerce. »

Cet article ne sanctionne pas, comme l'ordonnance de 1667, l'ancien usage où s'étaient maintenus les tribunaux de commerce. Il ne les autorise à recevoir la preuve testimoniale que dans les cas prescrits par les lois relatives au commerce, c'est-à-dire par le Code de commerce. Or, ce Code ne la permet que dans deux cas spéciaux ou particuliers, et dans deux dispositions isolées : 1° pour constater les sociétés en participation (art. 49), à la différence des sociétés collectives ou en commandite, qui ne peuvent être constatées que par écrit; 2° pour constater les achats et ventes (art. 109). Du reste, on ne trouve aucune disposition qui, contre la règle générale, autorise l'admission de la preuve testimoniale, indistinctement dans toutes les affaires de la compétence des tribunaux de commerce.

On peut donc dire que l'exception prononcée dans ces deux cas particuliers dont nous venons de parler semble laisser les autres sous l'empire de la règle générale : *Nam ut exceptio firmat regulam in casibus non exceptis, ita enumeratio confirmat eam in casibus non enumeratis.* Bacon, *de Justitia univ.*, aphor. 17.

En ne s'attachant qu'aux textes des deux Codes, on ne trouve pas de réponse satisfaisante à ce raisonnement. Il est pourtant certain que l'intention des législateurs a été de conserver l'ancien droit, qui maintenait les tribunaux de commerce dans l'usage de recevoir la preuve testimoniale dans tous les cas, sans commencement de preuve par écrit (2).

252. C'est aussi ce qu'a pensé la cour de cassation, comme on le voit dans un arrêt du 11 novembre 1813. Le tribunal de commerce de Lectoure avait admis Delfaut à prouver par témoins que Mellis lui avait fait remettre par Cadéot un compte non signé qui établissait sa position envers ledit Mellis; duquel compte Delfaut prétendait induire qu'il avait acquitté un billet de 4,480 francs.

Mellis déféra cet arrêt à la censure de la cour de cassation, pour violation de l'art. 1341 du Code civil, et fausse interprétation de l'art. 109 du Code de commerce; mais son pourvoi fut rejeté.

« Attendu que Mellis, cité en reconnaissance » et remise du compte, n'a ni contesté, ni mé» connu ledit arrêté de compte; qu'il l'a seule» ment argué de nullité pour défaut de signa» ture, et dénié l'envoi prétendu fait de son » ordre par Cadéot, d'où il suit que s'agissant de » billets de commerce émis entre deux commer» çants, les juges, en admettant Delfaut à la » preuve testimoniale des faits allégués, pour » constater la remise effective dudit compte de » l'ordre de Mellis, n'ont pu violer, dans l'es» pèce, l'art. 1341 du Code civil, ni faussement » appliquer l'art. 109 du Code de commerce. »

Posons donc en principe que, sous la nouvelle législation, de même que sous l'ancienne, les tribunaux de commerce sont maintenus dans l'ancien usage de recevoir indistinctement la preuve testimoniale, sans commencement de preuve par écrit, dans toutes les affaires de leur compétence (3).

(1) *Voy.* Locré, Code de commerce, sur l'article 109; Duranton, t. 7 (XIII, éd. fr.), n°s 340 et 341; Pardessus, *Droit commercial*, n°s 241 et 242; Rolland, v° *Preuve testimoniale*, n° 151.

(2) On ne peut plus élever ces difficultés. *Voyez* dans les notes précédentes la nouvelle rédaction des art. 109, 49, 69, du Code de commerce, et 1341, § dernier, du Code civil.

(3) Par un arrêt du 13 janvier 1825, la cour de Bruxelles a jugé que la preuve testimoniale est admissible en matière commerciale dans tous les cas où elle n'est pas spécialement et expressément interdite par la

L'esprit de la loi, sans doute, est que ces tribunaux soient très-réservés dans l'admission de cette preuve; mais enfin, s'ils la reçoivent sans nécessité, ou sans autres adminicules, il n'y a qu'un mal-jugé, et non pas une violation de la loi, qui s'en repose entièrement sur leur prudence, pour admettre ou rejeter la preuve, suivant les affaires et les personnes.

233. La loi a cependant excepté de cette règle certains contrats d'une trop haute importance dans le commerce pour en faire dépendre l'existence et les conditions uniquement de la déposition toujours peu certaine des témoins.

Ainsi, l'art. 311 du Code de commerce exige que le contrat à la grosse soit fait devant notaire ou sous signature privée : il ne peut donc être constaté que par écrit, et non par témoins, à moins qu'il n'existe un commencement de preuve écrite.

Il en est de même du contrat d'assurance : l'art. 332 exige qu'il soit rédigé par écrit.

De même encore, « les sociétés en nom col- » lectif ou en commandite doivent être consta- » tées par des actes publics ou sous signature » privée, en se conformant, dans ce dernier cas, » à l'art. 1325 du Code civil (1). »

Les sociétés sont, à l'égard de la preuve, soumises aux règles du Code civil. « Aucune preuve » par témoins ne peut être admise contre et » outre le contenu dans les actes de société, ni » sur ce qui serait allégué avoir été dit avant » l'acte, lors de l'acte ou depuis, encore qu'il » s'agisse d'une somme au-dessous de 150 fr. » Art. 41.)

Cet article est conforme à la règle générale, établie par l'art. 1341 du Code civil; il est aussi conforme à l'art. 1er du titre 4 de l'ordonnance de 1673 : la disposition qu'il renferme doit être appliquée, par analogie, aux contrats à la grosse et aux contrats d'assurance qui ne peuvent être contractés que par écrit (2).

Mais non point aux achats et ventes, lorsqu'ils ont été rédigés par écrit; car, si les dispositions principales de ces contrats, et des autres pour la preuve desquels la loi n'exige point d'écrit, peuvent être prouvées par témoins, les accessoires peuvent également l'être à plus forte raison.

234. La disposition de l'art. 41 fit naître au conseil d'État des questions fort importantes. Pour les bien entendre, il faut se rappeler que les associés en nom collectif, indiqués dans l'acte de société, sont solidaires envers les créanciers pour tous les engagements de la société, encore qu'un seul des associés ait signé, pourvu que ce soit sous la raison sociale.

L'associé commanditaire, au contraire, ne répond des pertes et des dettes de la société que jusqu'à concurrence des fonds qu'il a mis ou dû mettre en société.

Mais il ne peut faire aucun acte de gestion, ni être employé pour les affaires de la société (3), même en vertu de procuration.

Cette disposition a pour but de mettre un frein à ces associations qui n'ont aucun caractère, à ces entreprises de spéculations, régies souvent sous le nom d'un valet, et dont on avait si étrangement abusé.

En cas de contraventions à cette prohibition, le commanditaire devient obligé solidairement avec les associés en nom collectif, pour toutes les dettes et engagements de société.

Ainsi, l'associé qui s'est immiscé dans la gestion ne peut plus prétendre au privilége de commanditaire : ce serait une véritable fraude au préjudice des créanciers.

On demanda donc au conseil d'État si, nonobstant la disposition de l'art. 41, qui défend d'admettre la preuve testimoniale contre et outre le contenu dans les actes de société, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis, on pouvait prouver par témoins que l'associé commanditaire s'est immiscé dans la gestion.

L'affirmative n'est pas douteuse, suivant les règles du droit civil. La défense de prouver contre et outre le contenu aux actes, ne regarde que les personnes qui ont été parties. Pothier, n° 766.

Cependant, pour obvier à toute équivoque sur ce point, on proposa l'amendement suivant : *Néanmoins, dans le cas où un associé, primitivement en commandite, se serait immiscé dans la gestion des affaires sociales, la preuve même testimoniale d'un tel fait sera admissible, selon les circonstances.*

Le principe fut admis sans hésitation, mais l'amendement fut rejeté comme inutile, parce qu'il « ne s'agit pas de prouver plus que l'acte

---

loi. (Voy. *Pasicrisie belge* à cette date.)— Elle l'est même contre et outre le contenu aux actes Liége, 22 janvier 1836 (*Jur. de Belg.*, 1836, p 470).

(1) Il en est de même du contrat d'affrétement. Brox, 13 février 1842 (*Jur. de Belg*, 1842, p. 57).

Nous avons vu que l'art. 1325 du Code civil, qui exige que tout acte sous seing privé soit fait double et porte la mention de l'accomplissement de cette formalité, est abrogé.

(2) *Voy.* Duranton, t. 7 (XIII, éd. fr.), nos 305, 306 ; Rolland, n° 132 ; Dalloz, v° *Preuve testimoniale*, n° 350.

(3) Mais le Code n'interdit au commanditaire que les actes de gestion, et non le concours aux délibérations de la société.

Le tribunal observa « qu'un des droits du commandi- » taire est de participer aux délibérations générales de » la société, et ces délibérations ont souvent pour but, » ou d'en approuver les opérations, ou d'en autoriser les » engagements, de sorte que, sous ce rapport, le com- » manditaire y concourt et doit y concourir, au moins » par son consentement. »

Ces observations furent adoptées par le conseil d'Etat. *Voyez* Locré, sur l'art. 27 du Code de commerce. (Edit. Tarlier, t. 1, p. 85)

» ne contient, mais de prouver un fait postérieur, qui change la nature de l'acte, etc. (1). »

Cette question conduisit à d'autres, qui ne souffrirent pas plus de difficultés, parce que les principes du droit civil suffisent pour les résoudre.

On demanda si la section prétendait exclure la faculté de prouver par témoins une association qui n'aurait pas été constatée par écrit, lorsqu'il y a un commencement de preuve écrite; si une association par lettres missives serait valable.

La question portait également sur le cas où l'existence de la société serait déniée, et sur le cas où, cette existence étant reconnue, il s'agirait de savoir si telle personne en fait partie; sur le cas où un ou plusieurs associés ont à prouver la société contre leurs coassociés, et sur le cas où un tiers aurait à prouver que telles personnes sont associées, quoiqu'elles aient frauduleusement dissimulé les rapports qui les unissent à la société; par exemple, lorsqu'elles n'en ont pas signé l'acte, pour n'être pas assujetties aux dettes.

Ces questions, qui occupèrent assez longtemps le conseil, ne sont pourtant pas douteuses. La défense d'admettre la preuve testimoniale ne s'est jamais étendue, selon le droit civil, au cas où il existe un commencement de preuve écrite; à plus forte raison peut-elle être admise en droit commercial.

Les lettres missives, les signatures données depuis l'acte par une personne qui ne l'a pas signé, et dont le nom ne se trouve pas au nombre des associés, sont des commencements de preuve écrite, qui peuvent, suivant les circonstances, autoriser l'admission de la preuve testimoniale des contrats de société, comme de tous les autres contrats; et quant aux tiers, nous avons déjà dit qu'ils peuvent, dans tous les cas, prouver par témoins ce qui a été fait en fraude de leurs droits.

235. Il n'est peut-être pas nécessaire de dire que la preuve testimoniale des payements, à quelque somme qu'ils s'élèvent, peut être admise en droit commercial, lors même qu'il s'agirait d'une créance établie par écrit; la preuve des libérations est plus favorable que celle des obligations qu'on peut prouver par témoins en matière de commerce (2).

Mais, si le titre des obligations consistait dans un jugement rendu, même par un tribunal de commerce, le payement des condamnations y énoncées ne pourrait être prouvé au-dessus de 150 fr., sans commencement de preuve écrite; car, l'obligation résultant d'un jugement, quel qu'en soit l'objet, ne peut être considérée comme un engagement de commerce.

(1) *Voy.* Locré, sur l'art. 41.

(2) Une jurisprudence constante a consacré cette doctrine.

L'un des associés ne pourrait également, sans commencement de preuve écrite, être admis à prouver par témoins qu'il a payé la somme qu'il devait apporter à la société, en nom collectif ou en commandite, lorsque cette somme excède 150 francs : car l'art. 41 du Code de commerce défend la preuve par témoins de tout ce qui a été dit avant, lors ou depuis l'acte de société. Le payement de la mise en est le complément.

SECONDE PARTIE.

PRÉCAUTIONS NÉCESSAIRES

POUR SE FIER AU TÉMOIGNAGE DES HOMMES.

Conditions exigées pour que les dépositions des témoins puissent faire une preuve.

Les magistrats sont-ils obligés d'y conformer leur jugement?

De la collision des témoignages.

SOMMAIRE.

236. La preuve testimoniale n'a pas le caractère d'une démonstration. Elle est fondée sur l'analogie.
237. Elle tire sa force de la double présomption que le témoin n'a point été trompé et qu'il ne veut point tromper.
238. Trois choses à considérer pour s'en assurer : 1° la nature et la qualité des faits à prouver; 2° les qualités et la personne des témoins; 3° le témoignage en lui-même et comparé à d'autres témoignages ou à d'autres faits contraires.
239. Qualités générales qu'on doit examiner dans les faits à prouver.
240. Première qualité, possibilité des faits.
241. Les faits possibles par eux-mêmes peuvent devenir impossibles par les circonstances. Exemple tiré de l'affaire du comte de Morangiès.
242. L'invraisemblance des faits peut être telle, qu'elle détruise la foi due au témoin.
243. L'époque, le lieu où les faits se sont passés, influent sur la foi due à ceux qui les rapportent.
244. Si les faits sont anciens, la mémoire du témoin est moins sûre et peut le tromper.
245. Des faits transitoires et des faits permanents.
246. Des faits publics, et de ceux qui se sont passés dans un lieu écarté.
247. Des circonstances du fait.
248. Précautions nécessaires pour s'assurer que le témoin n'est ni trompé, ni trompeur. Il faut 1° qu'il ait été présent; 2° qu'il ait vu les faits, et non qu'il les sache par ouï-dire.

249. Le sens de l'ouïe plus trompeur que celui de la vue.
250. Des témoins *ex auditu proprio*.
251. Des témoins *ex auditu partis*.
252. Le possesseur d'un meuble perdu peut prouver qu'il l'a acheté en foire.
253. Des témoins *ex auditu alieno*; des témoins *ex scientia*; des témoins *ex credulitate*.
254. Cas rares où les témoignages *ex auditu* peuvent prouver la possession immémoriale.
255. Quelles conditions sont requises pour cela.
256. La présomption que le témoin présent connait les faits, augmente s'il a des motifs d'y faire une attention sérieuse; comme s'il a été appelé exprès.
257. Les développements donnés à la déposition peuvent faire juger si le témoin a une connaissance suffisante des faits.
258. La manière dont s'exprime le témoin peut faire juger de sa science et de sa véracité. Sa déposition doit être affirmative et non dubitative. Les formules dubitatives décèlent l'ignorance ou le désir de déguiser la vérité.
259. Ce n'est pas ce qu'il croit, mais ce qu'il sait, que doit dire le témoin.
260. Il doit rendre raison de la manière dont il sait.
261. Il faut que les faits attestés par le témoin soient vraisemblables : qu'il ait été à portée de les voir ou de les entendre. Il faut distinguer les faits qu'il raconte des conséquences qu'il en tire.
262. Difficulté de s'assurer que le témoin ne veut pas tromper. Serment qu'il doit prêter.
263. On doit se défier du témoin contre lequel s'élèvent des soupçons vraisemblables. Leur appréciation abandonnée par la nature des choses à la sagacité des magistrats, à qui la loi ne peut que donner des conseils.
264. Système du droit romain sur ce point. La faculté d'être témoin est un droit civil dont la loi peut priver un citoyen.
265. Tous ceux qui n'en étaient pas privés par la loi étaient témoins *idoines*.
266. Il y avait des privations ou exclusions absolues du droit de temoignage; d'autres seulement relatives.
267. Ceux qui n'étaient point exclus par la loi devaient être admis : ils étaient témoins *idoines*.
268. Mais on pouvait les reprocher. C'est un moyen de défense que la loi ne peut interdire.
269. On pouvait répondre aux reproches. Les reproches et les réponses sont un incident du procès sur lequel le juge doit prononcer.
270. Différence entre les reproches que le juge peut admettre ou rejeter, et la prohibition de la loi qu'il ne peut écarter et à laquelle il doit obéir.
271. Les reproches ne viennent point de la loi, qui ne peut ni prévoir tous les faits reprochables, ni apprécier les conséquences qu'on en tire contre la véracité d'un témoin.
272. Elle les abandonne à la prudence du magistrat.
273. Elle se borne à lui donner des conseils pour éclairer sa religion.
274. Le droit romain tire ces conseils des qualités morales qu'il recommande d'examiner dans le témoin.
275. Il n'indique point la parenté collatérale comme un fait de reproche particulier. Le frère même pourrait être témoin dans la cause du frère.
276. Le droit canonique suivit la disposition du droit romain.
277. Au contraire, l'un et l'autre droit privent les parents et quelques alliés du droit d'être juges. Il était sage de ne les point admettre pour juges, quoiqu'ils fussent admis pour témoins.
278. Dans le droit français, antérieur au Code, le nombre et la qualité des reproches n'étaient point spécifiés : on suivait les principes du droit romain sur l'exclusion du droit de témoignage, bien différente des reproches.
279. Dans le très-ancien droit français, on avait confondu l'exclusion du droit de témoignage avec les reproches. Texte de nos anciens praticiens. On y aperçoit quelques traces de la distinction entre les exclusions et les reproches.
280. La très-ancienne coutume de Bretagne étendit à l'excès les exclusions du droit de temoignage. Elle en exclut les parents collatéraux, mais non les alliés. Comment la nouvelle en modifia les dispositions.
281. Dans le reste de la France, la parenté collatérale n'etait qu'une cause de reproche, non indiquée par la loi, et soumise, comme toutes les autres, au jugement du magistrat, jusqu'à l'ordonnance de 1667.
282. Cette loi fit cesser la confusion des exclusions du droit de témoignage avec les reproches, dont elle ne fixa ni le nombre ni la qualité.
283. Elle exclut ou priva du droit de témoignage les parents et même les alliés en ligne collatérale, jusqu'au quatrième degré, suivant le droit canonique; jusqu'au huitième, suivant le droit civil, malgré les sages réclamations de deux grands magistrats, Lamoignon et Talon.
284. Innovations introduites par cette ordonnance : 1° prohibition d'entendre les parents collatéraux, jusqu'au quatrième degré : 2° extension de la prohibition aux alliés au même degré.
285. Système de notre nouvelle législation sur ces exclusions du droit de témoignage. Il est un droit civil dont personne ne peut être privé qu'en vertu d'une loi. L'exclusion est relative ou absolue.
286. La prohibition absolue est restreinte à la parenté ou à l'alliance en ligne directe, et à la qualité de conjoint. Sagesse de cette disposition.
287. La parenté et l'alliance en ligne collatérale ne sont plus que des moyens de reproches que le magistrat ne peut suppléer.
288. Texte de l'article 283 du Code de procédure, dans lequel on remarque deux dispositions : 1° limitation du reproche pour cause de parenté et d'alliance au sixième degré; 2° explication du cas où le conjoint, qui formait l'alliance, est décédé.
289. Résolution d'un doute que fait naître la rédaction amphibologique de l'article 283, sur le second

genre d'affinité, imaginé par les canonistes, entre l'un des conjoints et les alliés de l'autre.
290. Outre la parenté et l'alliance, l'article 283 indique six autres moyens de reproche. Texte.
291. Cet article n'est point limitatif, mais seulement indicatif ou énonciatif.
292. Pourquoi il a énuméré les reproches qu'il indique.
293. Deux espèces de reproches : les généraux indiqués par la loi : les particuliers qu'elle n'indique pas.
294. Différence entre ces deux espèces de reproches.
295. Les juges ne peuvent admettre, sans examen, un moyen particulier de reproche. La loi seule peut créer un moyen général de reproche. Arrêt de la cour de cassation sur ce point.
296. Les juges ne sont pas obligés d'a mettre les reproches généraux indiqués par la loi. *Junge infra*, n° 299.
297. Deux manières de répondre aux reproches. Exemple tiré du reproche d'avoir bu et mangé avec la partie.
298. L'indication que fait la loi d'un moyen de reproche n'est point une présomption légale de subornation ou de séduction contre le témoin. (Art. 1352 du Code civil.)
299. Les reproches généraux ne sont que des qualités que le juge doit examiner dans la personne des témoins. Les juges peuvent, suivant les circonstances, admettre ou rejeter ces reproches.
300. Réfutation de l'opinion de Locré, qui pense que le juge est forcé d'admettre les reproches généraux, si le fait indiqué par la loi est vrai.
301. Les reproches généraux indiqués dans l'art. 283 ne sont pas les seuls que le juge puisse admettre. Opinion contraire de Locré réfutée.
302. La disposition de l'article 283 n'est pas limitative, mais énonciative ou démonstrative. Règle pour connaître quand une disposition est démonstrative ou limitative.
303. Danger de ne pas admettre d'autres reproches que ceux indiqués par l'art. 283.
304 Examen des reproches indiqués par cet article, autres que l'alliance et la parenté.
305 Reproche d'avoir bu et mangé chez la partie. Origine de ce reproche
306. Certificats donnés par le témoin : déposition écrite.
307. Le certificat doit avoir pour objet de s'assurer de la déposition du témoin ; autrement il n'y a pas moyen de reproche. Exemples.
308. Le certificat reçu par un notaire est un moyen de reproche, comme le certificat sous seing privé.
309. Ni le notaire qui reçoit un acte, ni les témoins instrumentaires, ne sont assimilés à ceux qui ont signé des certificats. Ils peuvent être entendus en témoignage.
310. Quelle est la force de leurs dépositions.
311. *Quid* si elles se trouvaient en contradiction avec les faits qu'ils ont attestés dans l'acte? Raison pour et contre, sous l'ancienne jurisprudence.
312 Sous la nouvelle, les dépositions du notaire et des témoins instrumentaires peuvent suffire pour faire déclarer un acte faux ou frauduleux.
313. Ou simulé, comme le contrat pignoratif fait pour masquer l'usure.
314. Du reproche fondé sur la qualité de serviteur ou de domestique.
315. Du reproche fondé sur l'état d'accusation ou sur une condamnation judiciaire.
316. Examen de la doctrine des témoins nécessaires
317. Nombre des témoins requis pour faire une preuve, tant sous l'ancienne que sous la nouvelle législation.
318 Opinion de Duranton sur ce point, examinée et rejetée.
319. Un commencement de preuve écrite, joint à la déposition d'un témoin, peut former une preuve.
320. Nos lois criminelles n'exigent point le concours de plusieurs témoins. Comment on peut motiver un jugement, lorsqu'il n'y a qu'un seul témoin.
321. Des cas où plusieurs faits particuliers sont nécessaires pour établir un fait principal. On ne regarde point comme isolée la déposition d'un seul témoin sur chaque fait particulier.
322. Les juges ne sont pas liés par le résultat de l'enquête, s'ils ne sont pas persuadés.
323. De la collision des témoignages.
324. Vice du Code de procédure qui veut que les témoins soient entendus par un commissaire, et non à l'audience, en présence des juges et du public. Lois antérieures.
325. Lumières que peut donner la méditation des textes du droit romain, pour guider le juge dans le cas de collision des témoignages.
326. Circonstances qui peuvent lui procurer les moyens de discerner la vérité et la préférence due aux témoins.
327. Si le nombre des témoins doit être un motif déterminant pour le juge.
328. Les qualités intérieures et morales sont le motif de préférence le plus sûr.
329. Quand le témoignage d'un magistrat est préférable à celui de l'homme privé.
330. Les qualités extérieures, civiles, politiques, etc., ne sont point à considérer, si elles ne sont accompagnées des vertus. Elles ne sont que le masque de l'homme intérieur.
331. Erreur de ceux qui pensent que le témoignage des grands et des nobles est préférable.
332. De la richesse et de l'extrême pauvreté du témoin.
333. Influence des qualités de la partie sur le jugement qu'on porte des témoins qu'elle appelle.
334. Qualités des dépositions. Vraisemblance.
335 S'il faut préférer les témoins affirmatifs aux négatifs

236. Après avoir examiné la nature de la preuve testimoniale, sa nécessité, ses inconvénients et ses abus, la défense faite par la loi civile de l'admettre en certains cas, enfin les exceptions que reçoit cette prohibition, il nous reste à rechercher les précautions dictées par la raison pour qu'on puisse se fier au témoignage des hommes, les conditions exigées par la loi civile pour que les dépositions des témoins puissent former une preuve, enfin si les magistrats

sont obligés d'y conformer leurs jugements. C'est dans la nature même de la preuve testimoniale et dans les dispositions de la loi civile, que nous puiserons la solution de ces importantes questions.

Nous l'avons déjà dit, la preuve testimoniale ne peut jamais avoir le caractère d'une démonstration, parce qu'il n'est pas impossible, parce qu'il arrive même souvent, que les témoins se trompent ou qu'ils veulent tromper. Il ne peut donc résulter de leur témoignage, tout au plus, que cette certitude morale qui naît de l'analogie.

Lorsque, dans le calme des passions, nous n'écoutons que la voix de la raison et l'impulsion de la nature, nous sentons en nous-mêmes une grande répugnance pour trahir la vérité au préjudice d'un tiers, et nous avons observé que des personnes désintéressées, intelligentes et probes ne s'accordent jamais pour tromper autrui et faire un mensonge. Nous en concluons par analogie, avec une sorte de certitude morale, qu'un fait attesté par plusieurs témoins dignes de foi est véritable. Tel est le fondement de la preuve testimoniale (1).

237. Cette preuve ne tire donc sa force que d'une double présomption (2). On présume du bon sens et de l'intelligence des témoins qu'ils ne se sont pas trompés et qu'ils n'ont pas été trompés; on présume de leur probité qu'ils ne trompent point. Les précautions à prendre, pour qu'on puisse avec prudence se fier au témoignage des hommes et y ajouter foi, consistent donc à s'assurer:

1° Que le témoin ne s'est pas trompé, et qu'il n'a pas été trompé;

2° Qu'il ne veut pas tromper.

238. Pour s'en assurer autant que possible, il est nécessaire de considérer trois choses dans la preuve testimoniale : la nature et la qualité des faits à prouver, la qualité et la personne des témoins, enfin le témoignage en lui-même, et comparé à la déposition d'autres témoins ou à d'autres faits déjà constants. Commençons par les faits.

239. Les faits à prouver peuvent être possibles ou impossibles, ordinaires et vraisemblables, ou extraordinaires et invraisemblables, récents ou anciens; ils peuvent s'être passés loin de nous ou près de nous; ils peuvent être particuliers ou publics, permanents ou transitoires, clairs et simples ou compliqués; enfin, ils sont presque toujours accompagnés de circonstances qui influent plus ou moins sur le jugement qu'on en doit porter. Tous ces points doivent être examinés avec beaucoup d'attention pour bien juger du mérite d'un témoignage et du degré de confiance qu'on doit lui accorder.

240. Si le fait n'est pas possible, les témoins qui l'attesteraient ne sont pas croyables. La raison dit et tous les auteurs enseignent unanimement que la possibilité du fait attesté est la première condition, la condition la plus nécessaire pour qu'on puisse ajouter foi au témoignage des hommes. C'est un point de doctrine élémentaire, même dans les écoles de philosophie scolastique (3).

Rien de mieux attesté, rien en apparence de mieux prouvé que les faits qui servent de fondement aux prétendus miracles du diacre Pâris (4). Les témoins étaient des hommes instruits, des médecins, des notaires, des magistrats. Cependant, si l'on en excepte quelques fanatiques séduits, et trompés par leur enthousiasme, leurs préjugés, leur excessive crédulité, personne n'y a cru. Pourquoi? Parce que ces faits sont impossibles.

Il faut en dire autant de tous ces faits de sortilége et de magie que des législateurs barbares, ignorants et superstitieux avaient mis au rang des crimes de lèse-majesté divine, qu'on punissait des supplices les plus atroces (5). Notre législation nouvelle a banni de nos Codes ces crimes imaginaires, et s'il était encore des hommes assez stupides, assez insensés pour hasarder une action civile sur les dommages causés à leurs moissons ou à leurs bestiaux par de prétendus sortiléges, leur demande serait repoussée par la justice, comme fondée sur des faits impossibles.

241. Quoique les faits ne soient point, par eux-mêmes, impossibles, il peut résulter des temps et des circonstances une impossibilité de faits telle qu'il serait absurde d'ajouter foi aux témoins qui les racontent. Nous en donnerons pour exemple un fait tiré de l'affaire du comte

(1) La foi que nous ajoutons au témoignage d'une personne qui nous raconte un fait est fondée sur le raisonnement suivant, que nous faisons sans y songer :

« Les choses que raconte une personne qui connait la vérité d'un fait et qui ne veut pas la déguiser sont vraies.

» Or, tel témoin qui atteste tel fait en connait la vérité et ne veut pas la déguiser : donc le fait est vrai. »

Ce raisonnement serait convaincant et sans réplique, si nous avions la certitude, 1° que le témoin connait la vérité du fait ; 2° qu'il ne veut pas la déguiser. Pouvons-nous avoir cette double certitude? Non. Mais, dans les affaires de la vie civile, *in rebus humanis*, on est dans la nécessité de suivre des probabilités.

(2) Domat, préliminaire du titre *des Preuves et des Présomptions*.

(3) *Prima conditio est ut factum quod refertur sit possibile*, porte la *Philosophie de Lyon*, réimprimée en 1814, à Paris, à l'usage principalement des seminaires, t. 1, p. 73.

(4) *Voy.* la *Vérité des miracles opérés à l'intercession de M. Pâris*, imprimé en 1737, 2 vol. in-4°.

Ce livre est écrit par Carré de Montgeron, fils d'un maitre des requêtes, intendant du Berry.

(5) *Voy.* l'*Histoire des Diables de Loudun*, etc., et de la condamnation d'Urbain Grandier, par la Menardaye, prêtre, 1750, in-12. Bayle, art. *Grandier*. Le livre de Naudé, *les Grands Hommes accusés de magie*.

de Morangiès, plaidée avec tant de force et d'éloquence par Linguet, célèbre avocat de Paris. Il s'agissait de savoir si M. de Morangiès avait reçu une somme de 300,000 fr., pour laquelle il avait donné à la veuve Veron des billets qu'il soutenait escroqués. Dujonquai, petit-fils de cette veuve, prétendait avoir lui-même, seul et à pied, porté cette somme en or à M. de Morangiès, dans son hôtel, au haut de la rue Saint-Jacques, en treize voyages, depuis sept heures et demie jusqu'à près d'une heure, c'est-à-dire, environ cinq heures et demie, au plus six heures. Le fait était peu vraisemblable; Linguet prouva qu'il était impossible, et voici comme:

Dujonquai disait avoir divisé la somme en treize sacs, de six cents louis chacun, et en vingt-trois autres sacs de deux cents louis (1). A chaque voyage, il mettait, disait-il, un sac de deux cents louis, c'est-à-dire, trois livres quatre onces, dans chacune des poches de sa veste, lesquelles, suivant la mode du temps, battaient sur les cuisses d'une manière incommode et gênante, et un sac de six cents louis sous son bras, dont, à ce moyen, les mouvements se trouvaient gênés par un fardeau de près de dix livres.

La distance mesurée de l'allée de la maison où Dujonquai prenait les sacs, au pied de l'escalier de M. de Morangiès, était de 516 toises, qui, multipliées par vingt-six, somme des treize voyages doublés par l'allée et la venue, donnent 13,416 toises, c'est-à-dire, plus de cinq lieues et demie de 2,400 toises, qu'on évalue ordinairement, pour un bon marcheur, à une heure de chemin. Ainsi Dujonquai, débarrassé de tout obstacle, n'eût eu qu'à peine le temps nécessaire pour achever cette course dans cinq à six heures, même sans prendre aucun repos, aucune espèce de rafraîchissement; cependant, malgré cette invraisemblance frappante, il ne paraît point jusqu'ici d'impossibilité physique.

Mais, 1° en allant, Dujonquai avait à descendre soixante-trois marches de chez lui, et vingt-sept à monter chez M. le comte de Morangiès, total quatre-vingt-dix; en revenant, la descente et la montée changeaient, mais le même nombre de marches se retrouvait toujours, en sorte que leur nombre, multiplié par vingt-six, pour l'aller et le retour, donnaient 2,340 marches.

Or, l'expérience prouve que, pour monter au haut des tours de Notre-Dame, qui n'ont que 389 marches, on emploie huit ou neuf minutes. C'était donc environ une heure à ôter des cinq à six heures qu'avaient duré les treize voyages.

2° Dujonquai avait à monter la rue Saint-Jacques, dont la pente est très-roide, ce qui ralentit nécessairement la marche d'un homme chargé et embarrassé par les sacs qu'il portait dans ses poches et sous son bras.

3° Cette rue, très-passante, est habituellement, le matin surtout, embarrassée d'allants et venants, dont le nombre occasionne des déviations infinies; chacune, prise à part, est peut-être un point imperceptible, mais, au bout de cinq à six heures, il forme une somme considérable qu'on peut évaluer à un dixième de la totalité du chemin direct; ce qui fait environ une demi-lieue à ajouter aux cinq lieues et demie, que donne la distance prise géométriquement et à vol d'oiseau.

4° Le matin même où Dujonquai faisait ces courses, les embarras journaliers et ordinaires de la rue Saint-Jacques étaient augmentés par soixante à quatre-vingts ouvriers, occupés à voiturer, à force de bras, une pierre énorme destinée pour l'église de Sainte-Geneviève, aujourd'hui le Panthéon; par leurs cabestans, et autres machines nécessaires à la manœuvre; par la foule immense de curieux que ce spectacle attirait. Circonstance remarquable qui, même en supposant que Dujonquai n'eût pas cédé à la tentation de s'arrêter quelques moments, pour considérer ce spectacle extraordinaire, devait nécessairement lui occasionner un retardement qu'on ne peut évaluer à moins de sept ou huit minutes, à chaque voyage, ce qui donne deux heures et demie pour les vingt-six voyages.

5° Dans sa maison, dans celle du comte de Morangiès, il fallait à Dujonquai ouvrir et fermer les portes en entrant et en sortant; il fallait du temps pour prendre les sacs, pour les arranger dans ses poches, pour les en ôter, pour les poser sur la table du comte de Morangiès, qui, par une supposition contraire à toute vraisemblance, les comptait dans l'intervalle d'un voyage à l'autre, et non en présence de Dujonquai. Il fallait encore du temps à ce dernier pour prendre et recevoir les reconnaissances que le comte donnait à chaque voyage; il en fallait pour les lire et s'assurer si elles étaient conformes; il fallait qu'en arrivant chez lui Dujonquai les remît à quelqu'un ou les déposât dans un carton; toutes ces distractions lui faisaient nécessairement perdre quelques minutes: en sorte qu'en les additionnant avec scrupule, en comptant le temps employé à la prise et à la déposition des sacs, à l'ouverture et la fermeture des portes, à la réception des reconnaissances, à l'action de les serrer, à ses entretiens avoués avec plusieurs personnes; tout cela, joint aux autres obstacles dont nous avons parlé, rendait évidemment et physiquement impossible que Dujonquai eût, comme il l'affirmait, porté les 300,000 fr. chez le comte de Morangiès.

242. Il n'est même pas nécessaire que les faits soient d'une impossibilité absolue, pour détruire la confiance due à la preuve testimoniale. Leur invraisemblance peut être telle qu'il serait contre toute raison d'y ajouter foi: mais les nuances et les degrés de vraisemblance sont si difficiles à saisir et surtout à fixer, ils varient de tant de

(1) Il en restait vingt-cinq, que Dujonquai disait avoir gardés, comme gratification accordée par M. de Morangiès.

manières et par tant de causes différentes, qu'il est impossible de tracer des règles sur ce point important. Les exemples même qu'on pourrait donner ne répandraient qu'une lumière incertaine et faible, trompeuse peut-être, parce que les nuances fugitives de la vraisemblance ne peuvent jamais être les mêmes dans des espèces et à l'égard de personnes différentes.

C'est ici surtout que la sagacité de l'esprit, développée par l'habitude des affaires, la connaissance du cœur humain en général, et celle du caractère des personnes en particulier, enfin l'expérience qui forme la maturité du jugement, sont des qualités nécessaires dans le magistrat, et dans tous ceux qui ont à juger de la foi qu'on doit ajouter aux témoignages de telles ou telles personnes. Ils doivent toujours avoir présent à l'esprit un principe incontestable, dicté par la raison: c'est que les motifs de crédibilité augmentent ou diminuent en raison de la vraisemblance ou de l'invraisemblance des faits. Le témoignage de quelques personnes instruites et véridiques suffit pour me faire croire des faits simples et ordinaires; mais pour être croyables, les faits extraordinaires, c'est-à-dire ceux qui s'écartent de l'ordre physique ou moral, doivent être attestés par des autorités plus nombreuses, par des personnes plus instruites et plus difficiles à tromper.

243. L'époque, le lieu où les faits se sont passés, peuvent beaucoup influer sur la foi plus ou moins grande due aux témoins qui les rapportent. Si les faits sont récents, s'ils se sont passés dans le lieu où les témoins sont entendus, ou dans un lieu voisin et peu éloigné, la déposition des témoins mérite plus de confiance. On doit naturellement penser qu'ils ont plus de répugnance à déguiser la vérité, dans un lieu où leur témoignage est exposé à la critique, où il peut être censuré, et même démenti par des personnes qui, comme eux, ont été témoins des faits, ou qui les ont appris d'autres témoins oculaires. Cette crainte salutaire diminue par l'éloignement du temps et du lieu où les faits se sont passés.

244. D'ailleurs, la véracité des témoins est d'autant plus douteuse et moins probable, que les faits sont plus anciens, plus éloignés du temps où ils les rapportent. La mémoire de l'homme est si fragile! Il est si aisé d'oublier quelques circonstances d'un fait qui n'est plus, que les témoins peuvent, de la meilleure foi du monde, sans le vouloir, sans le savoir, altérer la vérité, en rapportant des faits passés depuis longtemps. Qu'est-ce donc, s'ils ont ou s'ils croient avoir intérêt à la déguiser? J'ai tant de fois éprouvé que je ne pouvais pas me fier à ma propre mémoire, sur les circonstances d'un fait, quelquefois sur le fait même entièrement oublié, quoique encore peu éloigné, que je dois naturellement, quand il s'agit des intérêts d'un tiers, me méfier de la mémoire d'autrui, me tenir en garde contre les erreurs, le défaut de mémoire, les oublis involontaires des personnes en qui d'ailleurs j'ai le plus de confiance.

245. Les faits, tant simples qu'extraordinaires, peuvent être transitoires ou permanents. Les faits permanents sont ceux qui continuent d'exister et dont on peut par conséquent s'assurer en tout temps. Il sont moins difficiles à croire que les transitoires. La facilité de s'assurer par soi-même de la vérité, ou de la fausseté du témoignage de ceux qui les rapportent, doit rendre les témoins plus circonspects, et disposer les autres à prendre confiance dans leur rapport.

Les faits transitoires, au contraire, ceux qui n'ont existé qu'un instant, offrent moins de motifs de crédibilité, parce que, ne pouvant s'en assurer par soi-même, on est réduit à suivre la foi d'autrui. Plus leur durée a été courte, plus la réalité de leur existence peut paraître douteuse; moins le témoin qui les rapporte inspire de confiance, parce qu'il a pu se tromper plus facilement, parce qu'un moins grand nombre de personnes ont pu en être témoins.

246. Remarquons encore une grande différence entre les faits qu'on peut appeler *clandestins*, parce qu'ils se sont passés dans un lieu désert ou écarté, hors de la présence du public, et les faits qui se sont passés publiquement dans un lieu accessible au public, en présence d'un grand nombre de personnes. C'est alors surtout qu'un témoin jaloux de sa réputation devient plus circonspect dans son témoignage, et qu'il fait plus d'attention à rapporter les faits tels qu'il les a vus, avec toutes les circonstances qu'il a remarquées, dans la crainte de voir son témoignage critiqué, censuré par le public. Il faut avoir des motifs bien forts, l'esprit de parti, par exemple, pour se porter à mentir ou à déguiser la vérité; au lieu que le témoin isolé d'un fait passé dans un lieu écarté est dégagé de tout respect humain, et peut impunément altérer, déguiser, taire, en un mot trahir la vérité, sans pudeur et sans crainte de se voir démentir, pour peu qu'il ait ou qu'il croie avoir quelque intérêt secret au mensonge.

Mais aussi, à l'égard des faits qui se sont passés en public, l'esprit de parti, que nous prenons ici dans un sens beaucoup plus étendu que celui qu'on donne ordinairement à ce mot, peut opérer une grande variété, une grande collision dans les témoignages. Nous en parlerons dans la suite.

247. Enfin, il faut examiner avec grand soin toutes les circonstances du fait en question. Ce sont elles, la plupart du temps, qui nous font juger de la possibilité ou de l'impossibilité du fait, de sa vraisemblance plus ou moins grande, et de la véracité des témoins qui le rapportent; mais ce que nous avons à dire sur ce point important sera mieux placé avec les observations que nous aurons à faire sur le témoignage considéré tant en lui-même, que com-

paré à la déposition d'autres témoins, ou d'autres faits déjà constants.

248. Passons à l'examen des précautions nécessaires pour nous assurer, autant que possible, que les témoins ne sont ni trompés, ni trompeurs; qu'ils connaissent la vérité, et qu'ils ne veulent ni la trahir ni la déguiser.

La première, sans contredit, est de s'assurer qu'ils connaissent les faits. Or, les faits ne sont pas susceptibles de démonstration; nous ne pouvons les connaître que par les sens. Il est donc impossible de connaître ou de savoir un fait, d'en avoir une connaissance proprement dite, sans avoir été présent quand il s'est passé, et de plus sans l'avoir vu; car il est possible qu'un témoin ait été présent sans avoir vu. Il faut encore, pour le rapporter avec exactitude et fidélité, qu'il ait fait attention à toutes ses circonstances, et qu'il les ait gravées dans la mémoire. C'est ce qu'on présume d'un témoin en présence de qui le fait s'est passé; mais le témoignage de celui qui n'était pas présent ne mérite aucun égard. Si une autre personne lui raconte le fait, il n'en a pas acquis par là une connaissance personnelle; il ne peut savoir qu'une chose avec certitude, c'est que telle personne lui a raconté un fait, dont elle disait avoir été témoin, qu'elle disait avoir vu ou appris d'un autre qui l'avait vu. Or, ce n'est point la réalité de ce récit qu'il s'agit de prouver, c'est la vérité du fait raconté; et ce fait, celui qui le rapporte sur la foi d'autrui ne peut le connaître personnellement. Il peut seulement affirmer qu'il croit le fait véritable, parce qu'il a confiance dans la personne qui le lui a raconté : mais le témoin est appelé pour dire ce qu'il sait, et non ce qu'il croit; sa déposition ne peut donc servir que de renseignement ou d'indication pour recourir à ceux qui se sont dits témoins oculaires du fait, dont le récit d'ailleurs peut avoir été mal compris, mal entendu, ou mal rapporté. Nous reviendrons tout à l'heure sur ce point.

Ainsi, premier principe en cette matière : pour qu'une déposition mérite quelque confiance, il faut que le témoin ait été présent au fait qu'il raconte (1). Il faut encore, comme dit notre poëte comique, *qu'il l'ait vu, de ses propres yeux vu, ce qui s'appelle vu* (2).

249. Personne n'ignore que le sens de l'ouïe est infiniment plus trompeur que celui de la vue; de là cet axiome que le témoignage d'un seul témoin oculaire a plus de force que celui de dix témoins auriculaires; car, quoiqu'il y ait des faits qui tombent sous le sens de l'ouïe, comme les injures verbales, les cris séditieux, ceux d'une personne qu'on frappe, les coups qu'elle reçoit, le bruit des armes, etc., il est si facile au témoin le plus intègre, qui n'est guidé que par le sens de l'ouïe, de se méprendre dans le jugement qu'il porte sur l'auteur du méfait, que l'expérience de tous les temps nous démontre le peu de confiance que méritent les témoins simplement auriculaires, et combien leur témoignage est peu sûr.

Ce que nous disons des témoins auriculaires s'entend de ceux qui parlent de ce qu'ils ont eux-mêmes entendu, et non de ceux qui ne déposent que sur la foi d'autrui, sur un simple ouï-dire.

Car on doit distinguer trois sortes de témoins auriculaires :

1° Ceux qui ont eux-mêmes entendu, *testes ex auditu proprio*.

2° Ceux qui déposent *ex auditu partis*.

3° Ceux qui déposent *ex auditu alieno*.

250. Les témoins *ex auditu proprio* peuvent avoir, en même temps, vu et entendu les circonstances du fait. Si, par exemple, dans le cas proposé d'un fait d'injures, le témoin qui le raconte était présent au lieu même de la scène, s'il a vu l'injuriant, ses gestes, son maintien, etc., et entendu les paroles injurieuses et les menaces sortir de sa bouche; s'il a vu l'injurié et sa contenance, entendu ses réponses et ses plaintes; il est évident qu'un tel témoin, qui a acquis la connaissance du fait et des circonstances du fait par le moyen de plusieurs sens, a plus d'autorité et mérite plus de confiance que celui qui n'a connu le fait que par le sens de l'ouïe, si sujet à l'erreur, et qui a pu le tromper même à son insu, si, sans les voir, il a d'un lieu voisin entendu seulement et cru reconnaître les menaces et la voix de l'injuriant. La voix et les accents de l'homme sont sujets à tant de variations et d'altérations, suivant les passions qui l'agitent, suivant sa bonne ou mauvaise santé, suivant l'éloignement des lieux, plus ou moins grand, suivant enfin la nature des obstacles, qui empêchent de voir celui dont nous croyons entendre la voix et les accents, qu'il est infiniment

(1) La foi même due aux actes reçus par des notaires, n'est irrefragable qu'à l'égard des faits qui se sont passés en leur présence, *tempore gesti instrumenti*. *Voyez* t. 4 (VIII, éd. fr.), nº 148.

(2) *Scio qua præsens fui et vidi*. Si l'on veut des témoins à l'appui d'un principe dicté par la raison, on peut voir Wolff, *Jus nat.*, partie 3, nºs 1023 et suiv ; S'Gravesande, nº 542.

On peut voir encore, dans le décret de Gratien, caus. 3, quest. 9, can. 15, un passage de la seconde épître du pape Calixte aux évêques de France, qui porte : « Testes » per quamcumque scripturam testimonium non proferant, *sed præsentes de his quæ noverunt et viderunt*, » veraciter testimonium dicant. Nec de aliis causis vel » negotiis dicant testimonium *nisi de his quæ sub præ-* » *sentia eorum acta noscuntur*. » *Vid.* Pirrhing, x, *de Testibus*, nº 131.

Les docteurs avaient mis en question de savoir si un aveugle peut être témoin. *Voy.* Mascardus, *de Probationibus*, conclus. 272, nº 7; Pirrhing, x, *de Testibus*, sect. 1, nº 6.

aisé de s'y méprendre. La déposition d'un pareil témoin ne mérite donc aucune confiance, à moins qu'elle ne soit fortifiée par d'autres circonstances, qui lui donnent la force d'un témoignage *de visu ;* par exemple, si le témoin s'est de suite transporté sur le lieu de la scène; s'il en a vu les acteurs.

251. Le témoignage *ex auditu partis* mérite plus de confiance, et peut former une preuve, lorsque c'est l'auteur du fait qui l'a lui-même raconté au témoin.

Vous me faites voir, en présence de Caïus, un bijou précieux que vous avez, nous dites-vous, acheté de Sempronius. Titius prouve qu'il a perdu ce bijou qui lui appartenait. Il le revendique vers vous, en vertu de l'art. 2279 du Code civil. Vous prétendez l'avoir acheté 200 fr., à Paris, d'un bijoutier du Palais-Royal. Vous offrez de le prouver par des témoins qui vous ont vu le rapporter de Paris; vous en concluez que Titius doit vous rendre le prix qu'il vous a coûté. Titius répond que, de votre aveu, vous avez acheté le bijou de Sempronius, qui n'est point marchand bijoutier, et que par conséquent vous devez le rendre, sauf, pour la restitution du prix, votre recours contre Sempronius qui vous l'a vendu. (Art. 2279.)

Nul doute que mon témoignage et celui de Caïus ne puissent vous être opposés avec succès, si vous n'en prouvez pas la fausseté

Vous objecteriez en vain que l'objet de la demande est d'une valeur supérieure à 150 francs, et que l'art. 1355 porte : « L'allégation d'un » aveu extrajudiciaire *purement verbal* est inu- » tile toutes les fois qu'il s'agit d'une demande » dont la preuve testimoniale ne serait point ad- » missible. »

On vous répondrait avec succès que s'il s'agit d'une chose excédant la valeur de 150 francs, la preuve testimoniale n'en est pas moins admissible dans le cas particulier; car il s'agit de savoir si celui qui a perdu un meuble peut prouver que ce meuble a été vendu par Sempronius à vous, qui en êtes actuellement possesseur. Or, l'affirmative ne paraît pas douteuse; car la vente est un fait dont le propriétaire originaire n'a pu se procurer une preuve littérale. (Art. 1348.)

252. Mais le possesseur d'un meuble perdu peut-il être admis à prouver contre le propriétaire originaire, qu'il l'a acheté dans une foire, dans un marché, ou d'un marchand vendant des choses pareilles ? Oui, sans doute; car il n'est pas d'usage de passer acte des ventes de meubles faites au comptant; la loi ne l'exige pas; elle en dispense même, en établissant, pour règle générale, qu'en fait de meubles la possession vaut titre. (Art. 2279.)

253. Nous avons déjà dit un mot, en passant, des témoins qui déposent *ex auditu alieno*, et nous avons fait voir que leur déposition ne mérite aucune confiance par elle-même; qu'elle ne peut servir que d'indice ou d'indication pour recourir aux témoins oculaires. Telle est aussi la doctrine des légistes et des canonistes (1) qui, sur ce point, sont parfaitement d'accord avec la raison. Ils divisent les témoins en deux classes (2): ceux qui déposent d'après leur propre connaissance, *ex scientia*, qui attestent savoir un fait pour en avoir acquis la connaissance par leurs propres sens (3), par la vue, par l'ouïe. Ce sont les témoignages de cette espèce qui sont requis pour former une preuve, parce qu'on ne peut avoir que par les sens la *science* ou la connaissance des faits qui tombent sous les sens.

L'autre classe de témoins contient ceux qui déposent sur la foi d'autrui, *testes de credulitate*, qui attestent qu'ils croient que le fait s'est ainsi passé, parce qu'ils l'ont ouï dire par des personnes dignes de foi.

Quel que soit le nombre de ces témoins, leur témoignage ne forme point une preuve, parce qu'un témoin doit déposer ce qu'il *sait*, et non pas ce qu'il *croit*. Croire et *savoir* sont deux choses très-différentes : la croyance, *credulitas*, a pour fondement des conjectures probables; la science a pour base la certitude que nous n'acquérons que par les sens ou par la raison.

Celui qui n'a ni vu, ni entendu les faits, ne peut donc jamais les *savoir ;* il peut seulement les *croire*, sur la foi de ceux qui les ont vus. Or, si la déposition même d'un témoin oculaire, qui *sait* les faits parce qu'il les a vus, ne produit le plus souvent qu'une présomption de vérité, une vraisemblance, une probabilité plus ou moins forte, suivant le plus ou moins de confiance que nous inspire sa véracité; cette vraisemblance, cette probabilité diminuent et s'évanouissent, quand celui qui nous raconte les faits ne les a pas vus lui-même, quand il ne les tient que de la bouche d'un tiers, qui disait les avoir vus, et en qui il a confiance. Car, en les supposant tous les deux de bonne foi, les objections qui s'élèvent contre la foi due au témoignage des hommes en général, les difficultés de s'assurer que les témoins ne sont ni trom-

(1) *Voy.* Pirrhing, sur les *Decrétales* de Grégoire IX, lib. 2, tit. 20. *de Testibus*, n° 131.

(2) Testes alii sunt de scientia qui videlicet deponunt se scire rem ita gestam esse, eo quod proprio sensu, verbi gratia, visu vel auditu deprehenderunt. Tale testimonium requiritur ad probationem, quia non possunt testes esse certi de facto externo et sensu perceptibili, nisi per aliquem sensum corporeum.

Alii sunt testes de credulitate qui deponunt se credere ita se rem habere, qui scilicet a fide dignis audiverint, et tales testes multum a proprietate testium deficiunt... quia testis de sua non de aliena scientia deponere debet, etc., etc.

(3) De his quæ noverunt et viderunt, id est quæ aliquo sensu corporeo perceperunt. Pirrhing, *ubi supra*, n° 127.

peurs, ni trompés, s'augmentent et se multiplient à un degré toujours croissant, en raison de la succession plus ou moins éloignée des témoignages successifs par où les faits nous parviennent. Ajoutez qu'il arrive toujours que les faits s'altèrent en passant de bouche en bouche, parce qu'on y ajoute ou qu'on en retranche quelque chose, comme le prouve l'expérience de tous les temps. En sorte que c'est un axiome de vérité, fondé sur la raison et sur l'observation, qu'un témoignage est moins digne de foi à proportion qu'il passe par la bouche d'un plus grand nombre de personnes avant de parvenir jusqu'à nous.

Ainsi, quel que soit le nombre des témoins qui, n'ayant pas vu les faits, les ont seulement ouï dire à des personnes qu'ils croient dignes de foi, leur témoignage ne peut former une preuve (1), mais seulement un indice ou une indication, pour recourir aux témoins oculaires, ou à d'autres preuves.

254. Il y a cependant quelques cas rares où ces sortes de dépositions peuvent être admises, et faire foi, non seules et par elles-mêmes, mais lorsqu'elles sont jointes à un fait permanent; par exemple, lorsqu'il s'agit de prouver l'ancienneté d'un ouvrage non existant : c'est le cas de la loi 28, ff. *de probat.*, 22, 3; de la loi 2, § 8, ff. *de aqua*, 39, 3; en un mot, quand les témoignages *ex auditu alieno* viennent au soutien d'une *possession* actuelle et immémoriale. Nous en avons, tome 2 (III, éd. fr.), n° 627, cité un exemple qui pourra se présenter sous l'empire du Code. L'article 691 déclare imprescriptibles les servitudes continues non apparentes et les servitudes discontinues. En Bretagne, au contraire, certaines servitudes discontinues, notamment le droit de passage, s'acquéraient par la prescription de quarante ans. Ceux qui l'avaient acquis de cette manière devaient donc être maintenus dans leurs droits, en prouvant que leur possession remonte aux quarante ans antérieurs à la promulgation du Code; ainsi le veut l'article 691, « sans cependant, dit-il, qu'on » puisse attaquer aujourd'hui les servitudes de » cette nature, déjà acquises par la possession, » dans les pays où elles pouvaient s'acquérir de » cette manière. »

Quand la promulgation du Code sera devenue tellement éloignée qu'il ne sera plus possible de trouver des témoins oculaires qui aient vécu quarante ans avant cette époque, on sera forcé d'appeler des témoins *de auditu alieno*, qui auront entendu dire à des vieillards que ces derniers ont vu exercer le passage en question dans tous les temps, et même qu'ils ont entendu dire à leurs devanciers que ce droit a toujours été exercé sur l'héritage servant, par le propriétaire ou par ceux qui jouissaient de l'héritage dominant. Ces témoignages, joints à la possession actuelle du droit, formeront la preuve de ce qu'on appelle *une possession immémoriale* (2), pour laquelle on n'exige pas que les témoins disent l'époque précise du mois, de l'an, *quo die, quo consule* (3), où le droit a été exercé. Il suffit qu'ils disent qu'ils l'ont vu exercer dans tous les temps, et que ces temps remontent, ou soient censés remonter avant la promulgation du Code.

255. Si l'on admet le témoignage *de auditu alieno* à l'égard des faits anciens qui excèdent l'âge et la mémoire des hommes (4), les auteurs exigent néanmoins plusieurs conditions pour donner de la force à ce témoignage ; il en faut quatre (5) :

1° Que le témoin qui dépose d'un fait ancien l'ait appris de personnes présentes, et qui l'ont vu par elles-mêmes;

2° Que le témoin nomme les personnes qui le lui ont appris;

3° Que ces personnes soient dignes de foi, et qu'il y en ait plusieurs, au moins deux;

---

(1) C'est aussi la doctrine de Pothier, n° 817 [édition Tarlier, t. 1, p. 245]. C'est celle de tous nos bons auteurs français. Merlin, dans le *Nouveau Répertoire*, v° *Preuve* [édition Tarlier, t. 24, p. 464, col. A.], dit : « La seule » raison de science qui puisse mériter les égards de la » justice, dans un témoin, est, ou qu'il a vu, lorsqu'il » s'agit d'un fait qui tombe sous les yeux ; ou qu'il a entendu, lorsque le fait est de nature à tomber sous le » sens de l'ouïe, comme une injure, un discours... Il ne » peut résulter aucune preuve de la déposition d'un » témoin qui parle d'un fait d'après d'autres personnes » de qui il l'a entendu dire. »

(2) L'article 691 dit que la possession, même *immémoriale*, ne suffit pas pour établir les servitudes discontinues et les servitudes continues non apparentes. Cette disposition est conforme à l'article 186 de la coutume de Paris, qui porte que le droit de servitude ne s'acquiert pas sans titre par longue jouissance, même de cent ans. Il suit de là que, dans les pays régis par cette coutume ou autres semblables, on ne pourrait demander à prouver par témoins que la possession d'une servitude remonte à quarante ans, ou plus, avant la promulgation du Code, parce que cette preuve serait inutile, et ne suffirait ni pour établir la servitude, ni pour montrer qu'elle était établie auparavant.

Mais il en est autrement dans les pays où les servitudes s'acquéraient par prescription. La preuve d'une possession remontant à quarante ans avant la promulgation du Code n'a pas pour but d'établir la servitude, mais de faire voir qu'elle était établie dès avant le Code, et qu'elle doit être maintenue conformément au même article 691, qui ajoute qu'on ne peut attaquer aujourd'hui les servitudes déjà acquises par la possession, dans les pays où elles pouvaient s'acquérir de cette manière.

(3) L. 28, ff. *de probat.*, 22, 3 ; L. 3, § 8, ff. *de aqua*, 39, 3.

(4) *De Factis antiquis ætatem et memoriam hominum, qui de facto vivunt, excedentibus;* Pirrhing, sur les Décrétales de Grégoire IX, *de Testibus*, n° 35, lib. 2.

(5) *Voyez* le *Répertoire de jurisprudence*, v° *Preuve*, p. 653, 5e édit. [édit. Tarlier, t. 24, p. 462]. Pirrhing, *ubi supra*, n° 138. Le chapitre *Licet*, 47, X, *de Testibus*, lib. 2, tit. 20.

4° Il faut qu'il y ait impossibilité de les entendre elles-mêmes en témoignage.

Avec ces conditions, cette preuve ne présente point d'inconvénients, et elle est nécessaire; mais il faut surtout qu'elle soit soutenue par la *possession actuelle*. Ainsi, dans l'exemple proposé, celui qui demande à prouver qu'un droit de passage remonte aux quarante ans antérieurs à la promulgation du Code, doit être actuellement en possession de ce droit, ou en avoir été dépossédé depuis peu de temps.

256. Si la présence du témoin fait présumer qu'il connaît les faits de manière à les avoir gravés dans la mémoire et à les raconter avec exactitude et fidélité, cette présomption devient plus forte s'il a des motifs particuliers d'y faire une attention sérieuse. C'est par cette raison qu'on a toujours accordé plus de confiance à la déposition des personnes spécialement appelées pour être présentes (1), et pour rendre témoignage d'un fait, qu'à la déposition des personnes qui ne l'ont vu qu'en passant et par hasard.

Ce n'est cependant que pour les testaments, pour les actes notariés, et pour en assurer l'authenticité, que nos lois exigent cette vocation spéciale des témoins. Il était impossible de l'exiger pour la preuve des faits ordinaires, qui sont rarement prévus d'avance. On est donc forcé de se contenter en justice des témoins fortuits que le hasard procure. *Ad fidem rei gestæ faciendam, etiam non rogatus testis intelligitur.* L. 11, ff. *de test.*, 22, 5.

Il est néanmoins utile de rappeler le degré de confiance que méritent au-dessus des autres les témoins appelés. Ce principe est surtout applicable quand il s'agit d'un fait compliqué, tel que la teneur ou les clauses d'un acte, d'un titre perdu. Nous avons eu ailleurs l'occasion de remarquer qu'il est toujours prudent, même encore aujourd'hui, d'appeler des témoins pour être présents aux actes sous seing privé, et même de les faire souscrire par ces témoins. En cas de perte de l'acte, en cas de dénégation de l'écriture ou des signatures la déposition des témoins appelés pour être présents à l'acte est d'une tout autre confiance que celle des témoins fortuits, qui n'avaient aucune raison particulière pour faire attention aux clauses de l'acte.

Il arrive encore souvent qu'on appelle des témoins pour constater du fait de dommage, ou qu'on arrête un passant en invoquant son témoignage, pour se mettre, par la crainte que sa présence peut inspirer, à l'abri des mauvais traitements qu'on a lieu de craindre, ou dont on est menacé. Il est naturel de penser que les personnes ainsi appelées ont porté plus d'attention aux faits, et qu'elles les connaissent mieux que les personnes qui ne les ont vus qu'en passant. Ces réflexions sont utiles quand il s'agit de peser les témoignages et de les juger.

257. Les développements que le témoin donne aux faits sont encore de puissants moyens de juger s'il en a une connaissance suffisante pour ne pas craindre qu'il se soit ou qu'il ait été trompé. Quelle confiance peut-il mériter, s'il énonce sèchement le fait, dégagé de ses circonstances au moins principales? Le trop de sécheresse dans sa déposition induit naturellement à penser, ou qu'il n'a point porté une attention suffisante aux faits, ou qu'il manque de mémoire, ou qu'il veut taire quelques circonstances importantes.

Il est donc de la plus grande importance que le témoin s'explique non-seulement sur le fait, mais encore sur les circonstances du fait, sur le lieu, sur le temps. Telles circonstances qui paraissaient souvent indifférentes en elles mêmes, servent souvent, ou peuvent servir à soulever le voile qui cache la vérité. Le nom d'un arbre servit au jeune Daniel à démontrer l'innocence de Suzanne. Elles peuvent servir à démontrer l'impossibilité du fait (2); elles servent presque toujours à juger du degré de confiance que mérite la déposition du témoin, du degré d'attention qu'il a porté aux faits, de la sûreté ou du peu de fidélité de sa mémoire.

258. On peut en juger encore par sa manière de s'exprimer. Pour qu'un témoin inspire de la confiance, pour qu'il fasse foi, il faut qu'il dépose d'une manière certaine, déterminée et sans équivoque. Quelle confiance peut-il inspirer s'il vacille (3), si sa déposition ne présente rien de concluant, rien de certain; si elle n'est pas conçue en termes affirmatifs; si, par exemple, il disait : *Il se peut faire, il me semble, si je m'en souviens bien, si je ne me trompe.*

Ces formules dubitatives, et autres manières de parler semblables qui excluent la certitude, affaiblissent et même peuvent détruire la confiance qu'on pourrait avoir d'ailleurs dans le témoignage de celui qui s'en sert ; car la preuve testimoniale étant de sa nature très-incertaine, et ne produisant, à vrai dire, qu'une présomption, lors même que la déposition est affirmative, si le témoin annonce le moindre doute (4), la moindre incertitude dans son récit et dans

(1) « Rogati ut in testamentis, non fortuiti vel transeuntes, etc., » dit l'Authentique, Cod. *de testibus*, 4, 20.

« Hæc... inania et ex transitu perhibita testimonia, nulla modis omnibus ratione valere...., ut propter aliud quoddam opus adinveniens, audiat aliquos dicentes.... Hæc namque aperte nobis suspecta sunt, et nulla digna ratione, » dit Justinien, Nov. 90, cap. 2.

(2) Nous en avons vu, *supra*, un exemple tiré de la cause du comte de Morangiès.

(3) *Voyez* Muyart de Vouglans, *Instituts au droit criminel*, page 321; le *Repertoire de jurisprudence*, v° *Preuve* [edit. Tarlier, page 465, n° 6, article 2, § 3, sect. 2].

(4) Quelquefois aussi, les formules dubitatives décèlent le désir de déguiser la vérité. J'en ai vu des exemples. Ce sont des demi-aveux.

sa manière de s'exprimer, il ne peut pas résulter même une présomption de son témoignage.

259. Inutilement ajouterait-il qu'il *croit* ce qu'il raconte. Ce n'est point ce qu'il croit, mais ce qu'il *sait*, et ce qu'il sait de science certaine, qu'on demande au témoin et qu'on attend de lui. *Testes debent deponere, sic esse, vel non esse; non autem se credere aut non credere*, disent fort bien les docteurs (1).

260. Il doit même rendre raison de la manière dont il le sait, *debet reddere rationem scientiæ suæ* (2); autrement sa déposition ne mérite pas de confiance. Nos anciennes ordonnances (3) voulaient même « que tous les commissaires, qui examineront témoins, soient » tenus de les interroger de la raison de leurs » dits et dépositions, et *icelles raisons* rédiger » par écrit avec la déposition desdits témoins, » sous peine d'amende arbitraire. »

Or, quand il s'agit de faits qui tombent sous les sens, comme on ne peut les connaître avec certitude que par les sens, la seule raison de science, qui puisse mériter les égards de la justice dans la bouche d'un témoin, est ou qu'il a vu, lorsqu'il s'agit d'un fait qui tombe sous le sens de la vue, *scio, credo, quia vidi et præsens fui;* ou qu'il a entendu, lorsque le fait est de nature à tomber sous le sens de l'ouïe, comme une injure, un discours. En un mot, disent encore les docteurs, dont la doctrine est ici d'accord avec la raison, *quod aliquo sensu corporeo perceperunt testes* (4).

Encore le sens de l'ouïe est tellement trompeur qu'il ne procure point une entière certitude sans le secours de la vue. (*Vid. sup.*, n° 249.)

261. Ce n'est point assez que le témoin rende raison de ce qu'il dit, il faut que cette raison s'accorde avec la vraisemblance et surtout avec la possibilité des faits. Une déposition dans laquelle le témoin dit avoir vu, ne peut faire foi que dans le concours de deux circonstances : l'une, que le lieu où le fait se passait fût assez éclairé pour que le témoin pût voir la chose dont il s'agit; l'autre, que la distance de l'objet ait une proportion convenable avec l'organe de la vue.

Si le témoin doit rendre raison de ce qu'il sait, il faut soigneusement distinguer les faits qu'il a vus des conséquences qu'il en tire; car les faits peuvent être vrais, et le jugement que forme le témoin, sur les causes et sur les conséquences de ces faits, peut être faux. Il peut avoir bien vu et mal raisonné. Il faut donc distinguer ce que les sens peuvent attester de ce que la saine raison peut conclure. Cette observation peut être infiniment importante en certains cas, par exemple, relativement aux faits qui tendent à prouver l'adultère. C'est aux juges à rectifier les conséquences que le témoin tire des faits qu'il atteste. Ces conséquences peuvent même quelquefois annoncer, dans la personne du témoin, une partialité qui inspire de la défiance.

262. Il ne suffit pas de s'assurer, autant qu'il est possible, de la science du témoin; qu'il connaît les faits, qu'il ne s'est point et qu'il n'a pas été trompé; il reste à s'assurer de sa bonne foi et de sa véracité, c'est-à-dire qu'il ne veut pas tromper, qu'il ne veut ni trahir la vérité, ni la taire, ni la déguiser. C'est en ceci surtout que consiste l'incertitude de la preuve testimoniale, et, sur ce point, les précautions que nous indique la raison, les règles que nous trace la loi, sont presque toujours insuffisantes, et peu sûres dans leur application à la pratique : nous en sommes réduits à des probabilités.

On ne peut donc prendre trop de précautions pour s'assurer de la véracité des témoins. De là l'usage d'exiger d'eux, avant de les entendre, la promesse de dire la vérité, toute la vérité et rien que la vérité. Car, quoique celui qui vient rendre à la justice le témoignage qu'elle exige de lui, sur les faits douteux, promette, au moins tacitement, de dire la vérité; quoique cette promesse tacite soit pour lui tout aussi obligatoire que s'il la faisait expressément, il n'en est pas moins sage d'exiger qu'il la fasse d'une manière expresse. Il est toujours bon de rappeler aux hommes leurs devoirs, au moment où ils s'apprêtent à les remplir, au moment même où il s'agit de recevoir leur déposition.

La loi civile ne se contente pas d'une simple promesse de dire la vérité, elle veut que le témoin imprime à sa promesse le sceau du serment (article 262 du Code de procédure) : *testi non creditur nisi jurato*. C'est un point de jurisprudence fort ancien : *jurisjurandi religione testes, prius quam perhibeant testimonium, jamdudum arctari præcipimus*, dit Constantin. L. 9, Cod. *de testibus*. Cet usage était établi dès le temps du paganisme. *Testis sine jurejurando non valeret*, dit Sénèque, *de Ira*, litt. 2, cap. 29. Il était également établi à Athènes, où les Athéniens, par respect pour la sévère probité de Xénocrates, le dispensèrent du serment (5).

On pourrait dire que le serment est une barrière bien faible contre les faux témoignages, dans un siècle de corruption et d'immoralité, où l'on se plaint si hautement, et peut-être non sans raison, des progrès de l'irréligion et de

---

(1) Mascardus, *de Probat.*, conclus. 1370, nos 3 et 8; conclus. 1376. Vinnius, *Partitiones juris*, p. 739.

(2) Pothier, sur les Pandectes, au titre *de Testibus*, no 16.

(3) *Voyez* dans le *Recueil de Néron* l'ordonnance de Louis XII, de l'an 1498, art. 15; l'ordonnance de François Ier, de 1515, chap. 7, art. 6.

(4) Pirrhing, sur les Décrétales de Grégoire IX, *de Testibus*, n° 127, l. 2, p. 289.

(5) *Voyez* sa vie, par Diogène Laërce.

l'incrédulité; mais quand, sur cent témoins tentés de rendre un faux témoignage, la religion du serment n'en retiendrait qu'un seul, cette institution n'en devrait pas moins être conservée, parce qu'elle serait encore utile.

263. Il arrive rarement que les hommes veulent tromper sans intérêt; nous devons donc penser par analogie que tel témoin, appelé pour dire la vérité, ne la trahira point en présence de la justice, si quelque intérêt ne l'y porte. Mais la même analogie, qui nous induit à penser qu'un témoin ne trahira pas la vérité sans intérêt, nous fait aussi juger qu'il la déguisera, qu'il la taira, ou la trahira même, si son intérêt, ses passions ou ses préjugés l'y portent. Cependant, ce jugement fondé sur une simple analogie n'a rien de certain. De ce qu'un homme a des motifs connus, qui le portent à trahir la vérité, nous ne pouvons conclure, avec certitude, qu'il la trahira en présence de la justice; mais dans les cas douteux, il faut bien s'attacher à des probabilités, à des présomptions: ainsi, on ne peut avoir une entière confiance dans la déposition d'un témoin suspect, c'est-à-dire d'un homme contre la véracité duquel des motifs connus élèvent des soupçons.

Ces soupçons s'accroissent ou diminuent en raison des circonstances, du plus ou moins d'intérêt que peut avoir le témoin à déguiser la vérité ou à la trahir. Or, ce que les hommes envisagent comme leur intérêt a une plus grande étendue qu'on ne pense. Ceci tient à la doctrine des probabilités, à la connaissance du cœur humain en général, à celle des mœurs, du caractère, des passions, des préjugés de chaque témoin en particulier. C'est donc un point abandonné, par la nature des choses, à la sagacité et à la prudence du magistrat, et sur lequel, par cette raison, les législateurs les plus sages ont cru devoir donner aux juges des conseils, des règles pour les guider, plutôt que des préceptes impératifs.

264. Les lois romaines, que notre célèbre chancelier d'Aguesseau (1) se plaît, avec les plus grands magistrats, à qualifier de raison écrite, avaient établi sur ce point un système sage, qui paraît fondé sur la raison. Elles considéraient la faculté d'être témoin comme un droit civil, dont la loi seule pouvait priver le citoyen; celui qu'elle en avait privé n'était plus habile à être témoin. Il n'était plus, suivant l'expression technique et énergique du mot, témoin idoine, *idoneus testis.*

265. Ainsi, règle générale, tous ceux qui n'étaient pas privés du droit de témoignage pouvaient être témoins. *Testes esse possunt hi quibus non interdicitur testimonium.* L. 1, § 1, ff. *de test.*, 22, 5.

La privation du droit de témoignage était attachée par la loi à certaines condamnations qui rendaient indignes de foi ceux qui les avaient subies; aux incapacités naturelles provenant du défaut de raison, comme dans les insensés, dans les enfants, ou dans ceux qui sont encore proches de l'enfance, *proximi infantiæ;* à certaines professions infâmes, comme celle de courtisane, *quæve palam quæstum faciet, feceritve.* L. 3, § 5, *ibid.*

266. Ces personnes étaient privées du droit de témoigner dans tous les cas, quels que fussent ceux que la cause pouvait intéresser. La privation du droit était absolue.

D'autres n'en étaient privées ou exclues qu'en considération de la personne que l'affaire intéressait: c'était une exclusion relative.

Ainsi personne ne pouvait être témoin dans sa propre cause. La raison naturelle l'avait dit avant la loi : *nullus idoneus testis in re sua.* L. 10, ff. *de test.*, 22, 5; L. 9, Cod. *ibid.*, 4, 20.

Ainsi, le père et le fils ne pouvaient être entendus dans les affaires qui intéressaient l'un ou l'autre. C'est encore une exclusion fondée sur les devoirs et sur les sentiments naturels. Les ascendants et les descendants ne pouvaient être témoins, même de leur consentement, dans la cause les uns des autres (2).

Ainsi, l'on ne recevait pas en témoignage ceux à qui l'une des parties peut commander d'être témoins (3). La raison naturelle le dit encore assez.

267. Il est inutile de rapporter ici toutes les privations, toutes les exclusions du droit de témoignage, absolues ou relatives, établies par le droit romain. Elles sont fondées, en général, sur la faiblesse de la raison, sur les égards ou le respect dus aux personnes, sur l'infamie de la conduite (4). Du reste, toutes les personnes qui n'étaient pas formellement privées ou exclues par la loi du droit de témoignage devaient être admises pour témoins (5); elles étaient témoins *idoines.*

268. Mais on pouvait les réprouver, *reprobare* (6), c'est-à-dire leur reprocher des faits propres à détruire ou à altérer la confiance due à leur témoignage : c'est une faculté naturelle,

---

(1) Tome 3 de ses OEuvres, page 472.

(2) « Testis idoneus *pater* filio, aut *filius* patri, non est. » L. 9, ff. *de test.*) « Parentes et liberi invicem adversus se, nec volentes, ad testimonium admittendi sunt. » (L. 6, Cod *de Test.*, 4, 20.)

(3) « Idonei non videntur esse testes quibus imperari potest ut testes fiant. » (L. 6, ff. *de test.*)

(4) « Nam quidam propter reverentiam personarum, quidam propter lubricum consilii sui, alii vero propter notam et infamiam vitæ suæ, admittendi non sunt ad testimonii fidem. » (L. 3, § 5, ff. *de test.*, 25, 5.)

(5) « Idonei sunt omnes qui testimonium dicere non prohibentur, » dit fort bien Vinnius, *Partitiones juris*, lib. 4, cap. 29. *Voyez* aussi Lauterbach, *Compendium juris*, lib. 22, tit. *m.*

(6) Huberus, qui joignait la théorie à la pratique du

c'est un moyen de défense dont la loi ne peut priver personne.

269. Elle ne pouvait, par la même raison, interdire au demandeur le droit de répondre aux reproches proposés contre les témoins qu'il avait produits, soit en prouvant que les faits allégués sont faux, soit en démontrant qu'on n'en peut tirer une conséquence raisonnable contre la véracité du témoin reproché, et qu'il est à tous égards digne de foi.

Ainsi, chaque partie pouvait proposer des reproches contre les témoins produits par l'autre partie; et celle-ci pouvait à son tour répondre à ces reproches : c'était un incident du procès, sur lequel il était nécessaire que le juge prononçât, en admettant ou en rejetant les reproches proposés. Il pouvait même, si les reproches étaient assez graves, au lieu de recevoir la déposition, pour l'apprécier ensuite, pour y avoir tel égard que de raison, refuser d'entendre le témoin reproché, quoique la loi n'eût pas prononcé contre lui la privation ou l'exclusion du droit de témoignage : par exemple, la loi ne privait pas du droit de témoignage ceux qui avaient été condamnés comme calomniateurs; cependant les juges pouvaient refuser de les admettre comme témoins. *Neque lege Remmia prohibentur : et Julia lex de vi, et repetundarum, et peculatus eos homines testimonium dicere non vetuerunt. Verumtamen, quod legibus omissum est non omittetur religione judicantium : ad quorum officium pertinet, ejus quoque testimonii fidem, quod integræ frontis homo dixerit, perpendere.* (L. 13, ff. *de test.*, 22, 5.)

270. Mais le magistrat qui a le pouvoir de ne point admettre, ou d'exclure le témoin reproché, quand il croit cette exclusion juste, n'a pas le pouvoir d'admettre celui que la loi a privé ou exclu du droit de témoignage. C'est la grande différence qui existe entre la prohibition d'admettre certaines personnes que la loi déclare n'être pas témoins *idoines*, et les reproches proposés contre les témoins d'ailleurs *idoines*.

La prohibition ne vient et ne peut venir que de la loi à laquelle le magistrat doit obéir, comme les simples citoyens. Il ne peut donc jamais admettre à déposer ceux qu'elle a déclarés n'être pas témoins *idoines*, ceux qu'elle a privés ou exclus du droit de témoignage.

271. Les reproches, au contraire, ne viennent pas de la loi, puisqu'ils ne sont autre chose que les faits d'où l'on prétend tirer des inductions capables de détruire ou d'altérer la foi due au témoin reproché. La loi ne saurait prévoir tous les faits; encore moins apprécier les inductions qu'on en peut tirer, puisque la justesse de ces inductions dépend des circonstances de chaque fait particulier. Les reproches sont donc nécessairement soumis au jugement du magistrat, qui peut, dans sa prudence, et en connaissance de cause, les admettre ou les rejeter, y avoir plus ou moins d'égard. Tout cela est conforme à la raison.

272. La loi, ne pouvant prévoir ni apprécier tous ces faits de reproches, n'en peut, par conséquent, fixer le nombre et les qualités. Aussi, après avoir prononcé la privation absolue ou relative du droit de témoignage contre certaines personnes, les lois romaines confient au magistrat, et déclarent qu'on ne peut confier qu'à lui, le soin d'apprécier la foi due aux témoins.

Tu magis scire potes quanta fides habenda sit testibus, qui, et cujus dignitatis, et cujus existimationis sint (L. 3, § 1, ff. *de testib.*, 22, 5), répond l'empereur Adrien au légat de Cilicie, qui le consultait sur ce point.

C'est à la religion des juges, dit Papinien, qu'il appartient d'apprécier la foi due au témoignage de celui même dont la réputation est intacte : *quod legibus omissum est non omittetur religione judicantium; ad quorum officium pertinet, ejus quoque testimonii fidem, quod integræ frontis homo dixerit perpendere.* L. 13, *ibid.*, 22, 5.

273. Mais en laissant au magistrat le soin d'apprécier la foi due au témoignage, les lois romaines donnent aux juges les conseils les plus sages pour les guider et pour éclairer leur religion. Elles leur recommandent d'examiner les témoins avec beaucoup de soin : *testium fides diligenter examinanda est* (L. 3, *ibid.* ; de rechercher ou d'explorer la condition de chacun; si c'est un homme public, qui doit craindre de compromettre sa réputation, ou un homme obscur, qui n'est pas tenu à la même circonspection : *utrum quis decurio, an plebeius sit;* s'il est riche ou pauvre au point d'être facilement corrompu : *an locuples vel egens sit, ut lucri causa, quid facile admittat;* s'il est l'ami ou l'ennemi de la patrie, et surtout si sa conduite est honnête et sans reproche, *an honestæ et inculpatæ vitæ, an vero notatus quis et reprehensibilis;* car

droit, dit fort bien, au titre du Digeste *de Test.*, p. 119 et 120 : « Summa distinctio est ut testes aut prohiberi penitus, aut *reprobari* duntaxat. Prohibentur qui plane non audientur, reprobantur quibus auditis aliquid objici potest, quominus fidem mereantur. »

Ainsi, sous le rapport du droit de témoignage, les personnes sont divisées en trois classes :

1° Celles que la loi prive ou exclut du droit de témoignage, et qui, par cette raison, ne sont pas témoins *idoines;*

2° Celles qui sont témoins idoines, parce que la loi n'a pas défendu de les admettre, mais auxquelles on peut reprocher d'être capables d'altérer ou de détruire la foi qu'on pourrait avoir dans leur témoignage ;

3° Celles à qui on ne peut faire aucun reproche, et que les auteurs appellent *testes omni exceptione majores, quorum testimonio nihil objici potest, quod fidem eorum diminuunt.* (Lauterbach, *Compendium juris*, lib. 22, tit. 5, *de Test.*)

si le témoin est honnête, il faut admettre son témoignage : *nam si careat suspicione... admittendus est.*

274. Il est à remarquer que ce sont surtout les qualités morales que les lois romaines recommandent aux juges d'examiner dans la personne du témoin, son mérite, et s'il connaît la dignité de l'homme, *dignitas*, la sévérité ou le relâchement de ses mœurs, *mores*, sa sincérité et sa bonne foi, *fides*.

Les lois romaines désirent encore que le caractère et les principes du témoin soient assez fermes pour l'élever au-dessus de la faveur et de l'influence du pouvoir, et pour lui faire préférer à toute autre considération son devoir et sa conscience: *eos testes ad veritatem juvandam adhiberi oportet, qui omni gratiæ et potentatui fidem religioni judiciariæ debitam præponere possint.* (L. 5, Cod. *de test.*, 4, 20.)

275. C'est à ces maximes générales que les lois romaines bornent les règles de conduite qu'elles prescrivent aux juges pour les guider dans l'appréciation des reproches, ou des inductions tirées des faits reprochés aux témoins. Au reste, il est rare que ces lois indiquent la qualité des faits qu'on peut reprocher aux témoins. Cette indication n'était pas nécessaire comme celle des faits, d'où résulte la prohibition ou l'exclusion du droit de témoignage.

On peut remarquer, par exemple, que le droit romain n'a point indiqué la parenté collatérale comme un fait sur lequel puisse être particulièrement fondé un reproche qui altère ou détruise la foi due aux témoins.

Ainsi, les parents collatéraux pouvaient être admis comme témoins, pour ou contre, les uns et les autres, en vertu de la règle générale en cette matière, qu'il faut admettre tous ceux que la loi n'exclut pas. Pour les reprocher, il fallait d'autres motifs que celui de la parenté, tel que la domesticité, *si nobiscum habitent*. Les frères mêmes, s'ils étaient émancipés, n'étaient point exceptés (1) de cette règle, et si leur témoignage pouvait être récusé, c'était lorsqu'au lien du sang qui les unissait se joignaient d'autres raisons valables; par exemple, cette amitié intime et sainte qui fait de la personne aimée un autre soi-même, *unus et alter*, et qui malheureusement n'existe pas toujours entre les frères.

Les collatéraux pouvaient être témoins, même en matière criminelle. La loi *Julia* leur permettait seulement, jusqu'au degré des enfants issus de cousin germain, de s'excuser de porter témoignage contre leurs parents accusés de crimes. On ne pouvait les y forcer. La même excuse n'était point admise en matière civile.

La même loi permettait encore aux alliés en ligne directe, mais au premier degré seulement, c'est-à-dire au degré de gendre, beau-père, beau-fils, de s'excuser d'être témoins en matière criminelle. *Lege Julia judiciorum publicorum cavetur, ne invito denuncietur ut testimonium litis dicat adversus socerum, generum, vitricum, privignum, sobrinum, sobrinam, sobrino natum, eosve qui priore gradu sunt.* (L. 4, ff. *de testibus*, 22, 5.)

Ce texte confirme bien clairement ce que nous avons dit, qu'en collatérale la parenté n'était point seule et par elle-même un moyen de reproche, et qu'on pouvait forcer les collatéraux d'être témoins en matière civile, puisqu'il fallut une loi expresse pour leur permettre de s'excuser de l'être en matière criminelle.

276. Le droit canonique s'appropria les dispositions du droit romain sur les qualités des témoins. Gratien les copia et les inséra dans son décret (2), regardé comme le digeste du droit canonique.

Les décrétales, qui eurent tant d'influence sur la législation de l'Europe dans ces temps où les pontifes romains dictaient des lois aux rois et aux nations, ne changèrent rien aux dispositions du droit romain relativement aux reproches. On n'y trouve encore aucune disposition qui fasse de la parenté seule, en collatérale, un moyen de reproches contre les témoins, en matière civile.

277. Il en est autrement de la récusation des juges, suivant le droit romain et canonique. La loi Cornelia, *de Injuriis*, défendit d'être juges, aux gendre (3), beau-père (4), parâtre (5) et filiâtre (6), ainsi qu'aux parents et alliés, en collatérale, jusqu'au degré de cousin germain: *qua lege cavetur ut non judicet qui ei, qui agit, gener, socer, vitricus, privignus, sobrinusve est, propiusve eorum quemquam ex cognatione, affinitateve attinget.* (L. 5, ff. *de injuriis*, 47, 10.)

On ne doit pas s'étonner que cette loi, qui remonte au temps de la dictature de Sylla, ait fait de la parenté et de l'alliance, jusqu'au quatrième degré, en collatérale, un moyen de récusation des juges. Ils pouvaient être récusés par les motifs les plus frivoles : *hunc nolo, timidus est.* Il fallait que les juges, qu'on tirait au sort,

(1) « Frater in re fratris nullo jure vetatur testimonium dicere, nec loquatur in re cognati. Nam quod reprobatur domesticum testimonium, eo dicto non est existimandum etiam reprobandum esse cognatorum testimonium.... nisi nobiscum habitent. » (Cujas, in L. 1, Cod. *de test.*, col. 288, édition Fabrot; Vinnius, *Part. juris*, l. 4, cap. 31.)

Voet, *in Test. de judiciis*, n° 4, pense au contraire que le frère pourrait être reproché; nous avons suivi l'opinion du prince des interprètes.

(2) Caus. 4, quest. 1, can. 3.

(3) Le mari de la fille, *gener*.

(4) Le père de l'épouse ou du mari, *socer*.

(5) Le second mari de la mère, *vitricus*.

(6) L'enfant issu du premier mariage de la femme ou du mari, *privignus*. Sur ces dénominations, voyez ce que nous avons dit tome 1, n° 612, et les Glossaires.

comme nos jurés, fussent agréées par les deux parties ; sinon on en tirait d'autres jusqu'à ce qu'elles fussent d'accord (1).

Les juges délégués par l'empereur pouvaient également être récusés; mais alors les parties étaient dans la nécessité de nommer des arbitres pour juger le différend (2). Les empereurs, d'ailleurs si jaloux de leur autorité, devenue sans bornes, loin de la croire lésée par la récusation de leurs délégués, proclamaient hautement qu'ils voulaient que les procès fussent décidés par des juges non suspects, et en qui les parties eussent pleine confiance. *Licet enim ex imperiali nomine judex delegatus est, tamen quia sine suspicione omnes lites procedere nobis cordi est, liceat ei, qui suspectum judicem putat, cum recusare ut ad alium curratur*, dit Justinien, L. 16, Cod. *de judiciis*, 3, 1.

Qu'importe, en effet, à l'autorité, par qui soient jugés les procès, pourvu qu'ils le soient par des hommes en qui les parties intéressées ont une pleine confiance. Les juges sont faits pour les parties et non les parties pour les juges (3); la raison dit que ceux qui sont suspects ne doivent pas être juges (4). La faculté de les récuser était, avec raison, regardée comme un moyen légitime de défense : car il est toujours dangereux de plaider devant un juge suspect, dit fort bien Innocent III (5), l'un des plus savants pontifes qui aient occupé le siége de Rome. La facilité des récusations imprime plus de respect à l'autorité de la chose jugée; ceux qui ne récusent point, quand ils peuvent le faire, sont jugés par des juges de leur choix.

Le droit canonique défendit même aux parents collatéraux d'être juges dans la cause de leurs parents, sans dire jusqu'à quel degré (6). C'était un point réglé par les lois romaines, toujours en vigueur dans Rome chrétienne, en tout ce que les canons n'y avaient pas dérogé. Ils n'y dérogèrent point en ce qui concerne les reproches des témoins pour cause de parenté, surtout en matière civile (7). La parenté collatérale ne fut point mise, dans le droit canonique, au rang des reproches indiqués; ce ne pouvait être qu'un de ces moyens généraux abandonnés à la prudence du juge, à la différence du moyen de récusation pour la même cause de parenté.

Cette différence était sagement établie. Celui qui récuse un juge ne cause aucun préjudice à l'autre partie : le juge récusé est facilement remplacé par un autre juge. La loi y a abondamment pourvu.

En reprochant un témoin qui le plus souvent ne saurait être remplacé par un autre, on peut réduire l'autre partie à l'impossibilité de faire sa preuve.

D'ailleurs, la partialité d'un juge est infiniment plus dangereuse que celle d'un témoin. Le tribunal n'est point tenu d'avoir égard à la déposition des témoins, même non reprochés, lorsqu'ils lui paraissent influencés par la passion ou le préjugé. La voix du juge non récusé est toujours comptée, et peut souvent déterminer l'arrêt.

Ce n'était donc pas sans raison qu'en défendant aux parents et alliés d'être juges, le droit romain ne leur défendait pas d'être témoins, laissant au magistrat la faculté d'apprécier leur témoignage, de le rejeter ou de l'admettre, les circonstances, ainsi que tous les moyens de reproches.

278. Dans le droit français, le chancelier d'Aguesseau (8) posait, pour premier principe de la matière, qu'il n'y a point d'ordonnance qui fixe le nombre, la qualité des reproches : ainsi, ajoute-t-il, dans ces occasions, on emploie l'autorité de la raison écrite.

Le second principe, dit-il, encore fondé sur l'autorité de la raison écrite, « est que la faculté » de déposer est une espèce de liberté naturelle, » accordée à tous ceux à qui la loi ne la refuse » pas expressément. »

Ainsi, dans le droit français, antérieur au Code de procédure, on connaissait et l'on suivait les principes des lois romaines, sur la privation du droit de témoignage, différente des reproches qu'on peut toujours proposer contre les témoins qui ne sont pas exclus du droit de déposer.

---

(1) *Voyez* Noodt, *de Jurisdictione et imperio*, lib 2, cap. 3. Quelques auteurs prétendent qu'il fallait alléguer et prouver un motif raisonnable de récusation. *Voyez* Voet. *de Judiciis*, n° 43. Mais Doneau, qu'il cite, Noodt, Heineccius, etc., sont d'un avis contraire. *Voyez* surtout Boehmer, *Jus ecclesiast. potest.*, lib. 2, tit. 2, n°s 69 et seq.

(2) *Vid.* L 16 et L. 18, Cod. *de judic.*, 3, 1, et Boehmer, *ubi supra.*

(3) Ces maximes raisonnables étaient contraires au droit féodal, suivant lequel les juridictions étaient patrimoniales ; les vassaux étaient obligés de suivre la juridiction de leur seigneur, qui avait sur eux ce qu'on appelait le *retrait de barre*, c'est-à-dire le droit de faire revenir en sa juridiction les procès portés volontairement dans une autre. *Voyez* l'art. 10 de la coutume de Bretagne ; Basnage, sur l'art. 1er de la coutume de Normandie.

(4) « Ipsa namque ratio dictat, quia suspecti et inimici judices esse non debent. » (Cap. 41, X, *de appellat.*, 2, 28.)

(5) « Legitima defensio in judicio reservatur, et maxime judicis recusatio, cum periculosum sit coram suspecto judice litigare; ac suspectis judicibus sedes apostolica causam de certa scientia non committat » (Cap. 3, *de except* , X, 2. 23.)

(6) Cap. 36, X, *de appell* , 2, 28. La glose et d'autres interprètes étendaient la prohibition jusqu'au septième degré; Bartole, jusqu'au dixième *Voyez* le commentaire sur l'article 117 de l'ordonnance de Blois, dans le *Recueil de Neron*, t. 1, p. 575.

(7) Le canon 1, caus. 3, quest. 5, du décret de Gratien, défend de recevoir pour témoins, dans la cause de l'accusé, l'accusateur et ses parents. C'est une disposition spéciale qui ne fut jamais étendue aux causes civiles.

(8) Tome 3 de ses OEuvres, p. 741.

279. Dans le très-ancien droit français, au contraire, dans ces temps où nous commencions à peine à sortir de l'ignorance et des ténèbres du moyen âge, on ne distinguait plus ces deux choses, pourtant si différentes. Nos anciens praticiens confondirent, sous la dénomination de *reproches*, et la privation du droit de témoignage résultant de la prohibition légale d'entendre certaines personnes, et les reproches proprement dits, que la loi ne peut empêcher chaque partie de proposer, pour sa défense, contre les témoins produits par son adversaire, afin de détruire ou d'altérer la foi que les juges pourraient leur accorder.

On trouve cette confusion dans *le Grand Coutumier de Charles VI*, où il existe un chapitre entier sur les *reproches* (1) qui sont reçus, selon le style du parlement. Cependant, au milieu de la confusion, on aperçoit des traces de la différence réelle qui existe entre l'exclusion ou la privation du droit de témoignage, résultant de la prohibition de la loi, et les reproches proprement dits, que la loi n'a prévus ni pu prévoir. Ainsi, après l'énumération de plusieurs moyens de reproches, l'auteur ajoute qu'*il y en a plusieurs autres, qui tous ne peuvent être écrits.*

Les moyens de reproches non écrits, ne venant point de la loi, étaient donc nécessairement soumis au jugement du magistrat; et pour en donner un exemple, l'auteur, après avoir dit que les enfants ne peuvent être entendus dans la cause du père, ce qui est, non pas seulement un reproche, mais une exclusion fondée sur les devoirs et les égards naturels que se doivent les ascendants et les descendants, l'auteur, dans le même chapitre, n'a point mis la parenté collatérale, même au degré le plus rapproché, au nombre des moyens de reproches écrits; ce qui nous paraît prouver en même temps deux choses: l'une, que la parenté collatérale n'était alors ni une exclusion d'être témoin, ni un moyen de reproche écrit dans la loi; l'autre, qu'il y avait des reproches qui, comme le dit l'auteur, n'étaient point écrits dans la loi; car on ne peut guère douter que la parenté collatérale ne pût, suivant les circonstances, fonder un moyen de reproche.

La *Somme rurale* de Bouteiller contient aussi, dans le chap. 91, un assez long passage sur les reproches. Le but de l'auteur n'était pas d'y faire l'énumération ni la distinction des reproches et des exclusions du droit de témoignage; mais on peut remarquer qu'il y enseigne que le frère peut être témoin dans la cause du frère, lorsqu'il n'est pas son héritier présomptif: il ajoute qu'il l'a vu juger ainsi, après mûre délibération, *par clercs de droit et sages coutumiers* (2); ce qui prouve évidemment qu'en France, la parenté collatérale n'était ni une prohibition d'entendre le témoin, ni un moyen de reproche suffisant seul pour le faire écarter.

280. Dans notre Bretagne, qui formait autrefois un État particulier, on avait aussi, dans les temps d'ignorance, confondu les reproches avec les prohibitions d'entendre les personnes privées ou exclues du droit de témoignage. Notre très-ancienne coutume, compilée vers l'an 1330, contient plusieurs articles fort longs sur ceux qui peuvent être appelés en témoignage (3), et l'on y voit que les prohibitions avaient été étendues à l'excès, surtout contre les *vilains* (4), ou *gens de basse condition de village*, qui ne pouvaient être appelés en témoignage, parce qu'ils étaient présumés incapables de bien *recorder* ce qu'ils savaient, *cui dussent-ils bien recorder*, et parce que d'ailleurs ils pouvaient être plutôt subornés et corrompus par collusion que les *gentilshommes;* mais la prohibition ne s'étendait pas aux bourgeois *d'ancesserie*, c'est-à-dire à ceux qui avaient des ancêtres, *qui ont accoutumé vivre honnêtement, et tenir table franche comme gentilshommes.*

Cette ancienne coutume, qui avait si excessivement multiplié les prohibitions et les privations ou exclusions du droit de témoignage, n'oublia point d'y comprendre la parenté collatérale. Elle défendit d'appeler comme témoins les parents collatéraux jusqu'au degré de cousin germain, c'est-à-dire jusqu'au second degré de parenté, suivant le droit canonique; jusqu'au quatrième, suivant le droit civil, s'il s'agissait d'une chose ou action mobilière, et jusqu'aux enfants des cousins issus de germains, *en cause d'héritage*, à moins que le témoin ne fût parent des deux parties en égal degré.

Quoique cette disposition porte fort loin le reproche, ou plutôt l'exclusion pour cause de parenté, on peut remarquer qu'elle ne l'étend pas jusqu'aux *alliés*, mais seulement aux personnes qui sont du *lignage*.

Les coutumes réformées en 1539 et 1580 modifièrent beaucoup cette disposition. L'article 161 de la première et l'art. 155 de la seconde portent: « Cousins germains, ou ceux qui sont » au-dessus, *ne peuvent être témoins* pour cou- » sins germains, ou ceux qui sont au-dessus, en » quelque action que ce soit; si non que le té- » moin atteigne le *lignage*, autant au demandeur » qu'au défendeur, ou qu'il fût question d'une » chose mobiliaire de cent sous monnaie, une » fois payée, ou au-dessous. »

On remarque encore que cette disposition, particulière à la Bretagne, ne s'applique qu'aux parents du *lignage*, et qu'elle n'étend point l'exclusion aux alliés.

281. Dans le reste de la France, la parenté

(1) Liv. 3, chap. 16, p. 378, édit. de 1598.
(2) P. 129, édit. de 1621. Paris, Nicolas Buon.

(3) *Voyez* les art. 155 et suiv.
(4) *Voyez* l'art. 157.

collatérale n'était point une cause d'exclusion. Elle pouvait, suivant les circonstances, fournir un moyen de reproche abandonné, comme les autres, à l'arbitrage du juge. L'ordonnance de Blois, art. 118, avait fait de la parenté une cause de récusation contre les juges, mais non pas une cause d'exclusion contre les témoins. Elle ne fixait même pas le degré de parenté jusqu'auquel on pouvait valablement récuser.

282. Enfin, l'ordonnance civile de 1667 vint rétablir l'uniformité dans nos lois françaises, en ce qui concerne la manière de rendre la justice. Cette loi fit cesser la confusion des exclusions du droit de témoignage avec les reproches proprement dits, c'est-à-dire les faits que chaque partie peut reprocher aux témoins, pour détruire ou affaiblir la foi que les juges pourraient avoir à leurs dépositions. Elle fit un titre particulier (1) pour régler tout ce qui concerne les reproches, la faculté et la manière d'y répondre et de les juger; mais elle se garda bien, comme l'observe le chancelier d'Aguesseau, de fixer le nombre et la qualité des reproches: c'est, disait-il, le premier principe en cette matière. L'ordonnance n'indiqua donc aucun moyen de reproches (2); elle se borna à dire, art. 1er, que: « Les reproches contre les témoins seront circonstanciés et pertinents, et non en termes » vagues et généraux, autrement seront rejetés. »

283. Quant aux prohibitions d'admettre certaines personnes à déposer, d'où résulte la privation absolue ou l'exclusion relative du droit de témoignage, averti par l'excès déraisonnable où l'avaient porté les compilateurs des anciennes coutumes, le législateur les abrogea tacitement presque toutes, ou plutôt il les abandonna par son silence à la prudence du juge, comme tous les moyens de reproche. Mais, dans un autre titre que celui des reproches (3), Pussort, rédacteur du projet de l'ordonnance, proposa aux commissaires nommés par Louis XIV pour examiner ce projet un article qui prononçait une exclusion absolue du droit de témoignage contre les parents et contre les alliés des parties, jusqu'aux enfants des cousins issus de germains inclusivement, et qui portait qu'ils ne pourraient être entendus en témoignage, ni pour eux ni contre eux.

Le célèbre président de Lamoignon s'éleva avec force contre cet article; il représenta que si l'une des parties, ne les récusant pas, s'en rapportait au témoignage des parents de l'autre qu'elle croit gens de bien, il ne paraissait pas possible de le lui refuser. Ce grand magistrat ajoutait que, l'article subsistant, *il affaiblira les preuves* en diminuant le nombre des témoins; il en concluait *qu'il serait beaucoup mieux de retrancher l'article et de laisser les choses à l'arbitrage du juge.*

Pussort répliqua qu'il était *messéant* d'entendre les parents en témoignage; qu'on pourrait facilement présumer qu'un parent, qui aurait déposé contre son proche, l'aurait fait par inimitié.

Le savant avocat général Talon, qui partageait l'opinion du président de Lamoignon, répliqua « qu'il ne fallait pas si mal présumer de » la conscience des hommes, de croire qu'un » parent ne pût déposer contre son proche » sans autre motif que celui de l'inimitié; qu'en » droit, un père et un fils, une femme et un » mari, ne pouvaient pas être entendus, en matière civile, les uns contre les autres; que les » degrés plus éloignés n'étaient pas prohibés; » *qu'il n'y avait pas d'apparence d'étendre la* » *prohibition plus loin.* »

De Lamoignon insista sur « la nécessité d'ôter » cet article, et de laisser la chose à l'arbitrage » du juge, qui la rejetterait ou l'admettrait, selon » les différentes circonstances du fait. Il trouvait » la loi contraire à cet article, » qui ne fut défendu par aucun des commissaires chargés d'examiner le projet.

Cependant l'amour-propre de rédacteur l'emporta dans Pussort sur l'amour de la vérité. Il se borna donc à dire *qu'il fallait en parler au roi.* C'est ainsi qu'il avait coutume de se tirer d'embarras quand, ne pouvant répondre aux raisons victorieuses des commissaires, il s'obstinait dans son opinion (4). L'article ne fut donc point retranché; mais il fut mis dans un autre titre que celui des reproches, dans le titre 22, art. 11. « Les parents et alliés des parties, jus» qu'aux enfants des cousins issus de germains » inclusivement, ne pourront être témoins en » matière civile, pour déposer en faveur ou » contre eux, et seront leurs dépositions reje» tées. »

284. Ainsi, deux innovations remarquables à l'ancien droit commun suivi en France:

(1) C'est ce que n'a point fait notre Code de procédure. Il en est résulté de l'obscurité dans ses dispositions, et l'obscurité a fait naître des doutes sur plusieurs points.

(2) Pas même les qualités de serviteur et de domestique; car, si l'article 14, titre 22, porte qu'il sera fait, au commencement de la déposition, mention des nom, surnom... du témoin, *s'il est serviteur ou domestique*, Jousse, le plus suivi des commentateurs, observe fort bien, sur cet article, que ce n'était pas pour rejeter leur témoignage, mais seulement pour avertir les juges d'y avoir égard suivant les circonstances.

(3) Dans le titre *des Enquêtes*, art. 11.

(4) On en trouve plusieurs exemples dans le procès-verbal de l'ordonnance, et notre savant maître Duparc-Poullain nous faisait souvent remarquer combien de Lamoignon, Talon et autres magistrats commissaires, l'emportaient en mérite sur Pussort, et combien l'amour-propre de ce dernier nuisit à la perfection de l'ordonnance de 1667

L'amour-propre du rédacteur de notre Code de procédure a plus nui encore à la perfection de cette dernière loi.

1° Prohibition absolue d'entendre en témoignage, et non pas seulement faculté de reprocher tous les parents collatéraux, jusqu'au quatrième degré, suivant la manière de compter les degrés du droit canonique, alors suivie en France; jusqu'au huitième, suivant la manière de compter du droit civil, établie en France par nos nouvelles lois : c'était porter les prohibitions plus loin même que la très-ancienne coutume de Bretagne;

2° Extension de la prohibition aux alliés, dans le même degré : c'est la première loi qui ait étendu la prohibition aux alliés.

Du reste, comme nous l'avons déjà observé, l'ordonnance abandonna les moyens de reproches à l'arbitrage des juges.

285. Voyons maintenant le système adopté dans notre nouvelle législation sur les exclusions du droit de témoignage, et comment le Code de procédure a modifié ou changé les dispositions de l'ordonnance de 1667 sur les reproches.

Dans notre législation, de même qu'à Rome, et sous l'ordonnance de 1667, comme le reconnaît le chancelier d'Aguesseau, le droit de témoignage en justice est un droit civil dont personne ne peut être privé qu'en vertu d'une loi. Le Code pénal porte, art. 42 : « Les tribu-
» naux jugeant correctionnellement pourront,
» en certains cas, interdire en tout ou en partie
» l'exercice des droits civiques, *civils*, ou de fa-
» mille, suivants :
» 1° Etc., etc., etc.
» 2° De témoignage en justice, autrement que
» pour y faire de simples déclarations. »

L'art. 43 ajoute : « Les tribunaux ne pronon-
» ceront l'interdiction mentionnée dans l'article
» précédent, que lorsqu'elle aura été autorisée
» ou ordonnée par une disposition particulière
» de la loi. »

Voilà l'interdiction pénale et absolue du droit de témoignage, connue à Rome, comme nous l'avons vu, n°s 264 et suivants, dans les cas indiqués par la loi *Julia, de adulteriis;* par la loi *Julia, de vi,* etc.

Le Code de procédure établit encore une privation, ou exclusion relative du droit de témoignage également connue dans le droit romain. L'art. 268 porte : « Nul ne pourra être assigné
» comme témoin, s'il est parent ou allié en ligne
» directe de l'une des parties, ou son conjoint,
» même divorcé. »

286. Ainsi, la prohibition absolue de recevoir le témoignage des parents, pour ou contre les uns et les autres, est restreinte à la parenté et à l'alliance en ligne directe, et à la qualité de conjoint.

Rien de plus sage que cette disposition, que cette prohibition, ainsi restreinte dans ses justes bornes : elle est fondée sur la nature même, qui forme, entre les ascendants et leurs descendants, un lien réciproque d'amour et de respect tellement fort et tellement sacré, que la morale défend de les entendre en témoignage pour ou contre les uns et les autres, même de leur consentement, suivant le droit romain.

La nature, la religion et la loi réunies, forment un lien encore plus fort entre les époux, qui ne sont plus qu'une seule et même personne, *duo in carne una;* ils sont attachés l'un à l'autre plus étroitement même qu'à leurs père et mère : *relinquet homo patrem et matrem, et adhærebit uxori suæ.* Gen., cap. XXIII, v. 24. L'un des époux ne peut être appelé en témoignage dans une cause qui devient la sienne, dès qu'elle intéresse son conjoint. *Nullus idoneus testis in re sua intelligitur.* (L. 10, ff. *de testib.*, 22, 5.) C'est encore un axiome de raison naturelle.

Si, contre le vœu de la nature et de la loi, ils se trouvent désunis par le divorce, ou par la séparation de corps, *divortium a thoro et mensa,* ils ne peuvent pas plus être appelés en témoignage pour ou contre l'un ou l'autre. D'un côté, l'honnêteté publique et le respect pour leur ancienne union ne le permettent pas; de l'autre, le scandale de leur séparation n'a que trop prouvé que l'amour qu'ils se devaient mutuellement s'est tourné en une passion contraire : la loi défend de recevoir un témoignage si justement suspect.

L'union conjugale, qui identifie les deux époux pour n'en plus faire qu'une seule et même personne, établit entre l'un d'eux, et les parents de l'autre, un lien pareil à celui du sang. En épousant la fille, en épousant le fils, on devient le fils, on devient la fille des père et mère de l'autre conjoint. Ce n'est plus désormais qu'une seule et même famille, dont les intérêts sont confondus. La loi défend donc d'appeler en témoignage les alliés en ligne directe de l'une des parties.

287. Quant aux parents et alliés collatéraux, le Code de procédure n'a point, comme l'ordonnance de 1667, prononcé la prohibition absolue de recevoir leur témoignage. Nous avons vu avec quelle force de raison ces deux grands magistrats, de Lamoignon et Talon, combattirent cette prohibition. Ils voulaient, comme dans le droit romain, que la loi s'en reposât sur la prudence des juges. Les rédacteurs du Code de procédure ont entendu leurs raisons que l'amour-propre du commissaire du roi l'empêcha d'écouter. Le Code n'a point défendu aux parents et alliés collatéraux d'être témoins; il n'a point ordonné aux juges de rejeter leurs dépositions; il a seulement accordé la faculté de les reprocher, c'est-à-dire de proposer des motifs de soupçon qui peuvent les faire écarter. Ce qui est tout différent d'une prohibition.

Le reproche n'est plus qu'une faculté dont la partie intéressée est libre d'user ou de ne pas user, et que le magistrat ne peut suppléer. Si donc l'une des parties appelle en témoignage ses propres parents et alliés en collatérale, ou ceux de l'autre partie, celle-ci peut reprocher

tant les uns que les autres; car, suivant une observation aussi ancienne que les sociétés, les parentés et alliances *sunt apud concordes excitamenta caritatis, apud iratos irritamenta odiorum.*

Mais, si les deux parties gardent le silence sur le moyen de reproche, c'est qu'elles n'ont point de soupçon sur la véracité des témoins appelés. Le magistrat ne peut donc élever un soupçon qu'elles n'ont pas, pour les priver d'un témoignage qu'elles invoquent l'une et l'autre: l'une formellement, en appelant le témoin; l'autre tacitement, en n'usant pas de la faculté de le reprocher. Le reproche ne peut être suppléé d'office. Voici le texte de l'article 283 :

288. « Pourront être reprochés, les parents » ou alliés de l'une ou de l'autre des parties, » jusqu'au degré de cousin issu de germain in- » clusivement; les parents et alliés des conjoints » au degré ci-dessus, si le conjoint est vivant, » ou si la partie ou le témoin en a des enfants » vivants; en cas que le conjoint soit décédé, » et qu'il n'ait pas laissé de descendants, pour- » ront être reprochés les parents et alliés en » ligne directe, les frères, beaux-frères, sœurs et » belles-sœurs (1). »

On remarque dans cet article deux dispositions distinctes :

1° Le Code limite aux cousins issus de germain (2), c'est-à-dire au sixième degré en collatérale, le reproche contre les témoins, pour cause de parenté, ou d'alliance, ou d'affinité; l'ordonnance étendait jusqu'au huitième degré, c'est-à-dire jusqu'aux enfants des cousins issus de germain, la prohibition d'admettre pour témoins les parents et alliés.

Nulle difficulté sur ce point, tandis que le conjoint d'où procède l'affinité est vivant : l'affinité subsiste dans toute sa force.

2° Mais fallait-il étendre le reproche, même au cas où l'affinité est dissoute par sa mort? C'est une question que l'ordonnance de 1667 passait sous silence, au titre *des Reproches*, et que la seconde disposition de notre article décide, par une distinction empruntée de la même ordonnance, au titre *de la Récusation des juges* (article 4).

Si le conjoint d'où procédait l'affinité est décédé laissant des enfants vivants, l'affinité entre ses parents et le conjoint survivant paraît détruite par sa mort; mais le père et les enfants sont souvent, en droit, considérés comme une seule et même personne. Le père de mes neveux ne m'est donc point étranger, si leur mère, qui était ma parente, est décédée; je la vois revivre en eux : ils la représentent. Le Code permet de reprocher son mari, comme si elle était encore vivante.

Si, au contraire, le conjoint d'où procédait l'alliance est décédé sans enfants, l'affinité est entièrement dissoute; son ombre même n'existe plus, *mors omnia solvit.*

Cependant, il y a des degrés d'une affinité si étroite, comme entre beau-père et gendre, beaux-frères et belles-sœurs, qu'encore que les femmes soient décédées sans enfants, on présume que la mort, qui détruit l'alliance de la loi, n'a point détruit l'alliance des cœurs. Il est contre toute convenance que j'appelle en ma faveur, ou qu'on appelle contre moi en témoignage, celui que je nommais, que peut-être, quoique l'affinité légale soit dissoute, je nomme encore des doux noms de père, de fils, de frère. Le Code permet de les reprocher pour témoins : l'ordonnance les récusait pour juges (art. 4, titre 24).

Ainsi, le reproche contre un témoin, pour cause d'alliance, est autorisé jusqu'au sixième degré, si le conjoint d'où procède l'alliance est vivant, ou s'il laisse des enfants. S'il est mort sans descendants, le reproche est limité aux ci-devant alliés en ligne directe, et, en collatérale, aux beaux-frères et belles-sœurs.

289. Il nous reste à dissiper une obscurité que présente la seconde disposition de notre art. 283.

Il porte qu'on pourra reprocher *les parents et les alliés des conjoints* jusqu'au sixième degré. si le conjoint est vivant ou s'il laisse des enfants vivants, et s'il est mort sans enfants, en ligne directe seulement, et jusqu'au second degré en collatérale. Est-ce à dire que les parents, tant du conjoint partie au procès, que ceux du conjoint qui n'y est point partie, ne peuvent être reprochés qu'en ligne directe, et au second degré en collatérale, si l'autre conjoint est mort sans enfants?

Non certes : ce serait prêter une absurdité à la loi. Il serait en effet véritablement absurde de dire que les parents du conjoint, partie au procès, ne peuvent être reprochés qu'en ligne directe, ou au second degré en collatérale, si le conjoint, qui n'est pas partie au procès, est mort sans enfants. Il faut donc entendre notre article des parents du conjoint décédé sans enfants, lesquels parents sont alliés du conjoint survivant, qui est partie au procès. Cela est évident.

Et quand l'article ajoute que *des alliés conjoints* peuvent être reprochés jusqu'au sixième

(1) On peut, dit Pigeau, *Comm.*, t. I, p. 537, reprocher, pour parenté, le frère *naturel*. La loi dit en effet : *les freres*, sans distinction de parenté naturelle ou civile. Mais on ne peut reprocher en matière de faillite le beau-père de l'un des créanciers (Pothier, 30 décembre 1828), ni les parents d'un témoin à raison de cette qualité (Berriat, sur l'art. 283, n° 3; Carré, n° 1107).

(2) Le tribunal qui admet les reproches proposés contre des témoins, sur ce qu'ils sont cousins issus de germain, doit ordonner que leurs dépositions ne seront pas lues (Code de proc., art. 290). Notez que la faculté de reprocher un témoin pour parenté ou alliance appartient à la partie qui produit la parenté ou l'alliance, comme à l'autre partie.

degré, si le conjoint est vivant, etc., il faut entendre les alliés du conjoint partie au procès, parents de l'autre conjoint et non pas les alliés du conjoint vivant qui n'est pas partie au procès; car les alliés de ce dernier ne sont point alliés de l'autre conjoint partie au procès, suivant la maxime *affinitas non parit affinitatem.*

Il est vrai qu'outre l'affinité proprement dite qui existe entre l'un des conjoints et les *parents* de l'autre, *necessitudo inter unum e conjugibus et alterius conjugis cognatos*, seule affinité reconnue en droit (1) et, jusqu'à un certain point, fondée sur la nature, les canonistes, afin de multiplier les empêchements de mariage dont les dispenses, accordées à prix d'argent, alimentaient le trésor de la cour de Rome, avaient imaginé un second genre d'affinité qu'ils supposaient exister entre l'un des conjoints et les alliés ou *affins* de l'autre conjoint.

Mais ce second genre d'affinité prétendue fut abrogé, dès le XIIIe siècle, par le concile de Latran, tenu en 1215 (2). On ne peut donc prêter à nos législateurs français l'inconcevable absurdité d'avoir, dans le XIXe siècle, exhumé cette affinité chimérique, pour la mettre au rang des reproches légitimes contre les témoins appelés en justice, tandis que ni le droit romain, ni le droit canonique, ainsi que nous l'avons prouvé *supra*, n'y mettaient pas même l'affinité proprement dite, la véritable affinité (3).

Disons donc, sans craindre de nous tromper, que si la seconde disposition de l'art. 283 est amphibologique, *les parents et alliés des conjoints* pourront être reprochés, etc., son véritable sens est que les parents du conjoint décédé sans postérité, lesquels sont alliés du conjoint partie au procès, ne pourront être reprochés qu'en ligne directe, et au second degré en collatérale. Si le conjoint qui n'est point partie au procès est vivant, ou a laissé des enfants, ses parents, qui sont alliés de l'autre conjoint, pourront être reprochés jusqu'au sixième degré; mais dans la cause de l'un des conjoints, on ne peut reprocher les alliés de l'autre conjoint, même pendant sa vie, parce que ces alliés ne sont point les alliés du conjoint partie au procès (4).

Nous avons cru devoir insister sur ce point, et le développer avec détails, parce que des auteurs, d'ailleurs très-judicieux, s'y sont mépris. L'art. 4 du titre 24 de l'ordonnance de 1667 présentait, relativement aux récusations, la même équivoque que notre art. 283.

290. Outre le moyen de reproche général, fondé sur la parenté ou l'alliance en collatérale, dans les degrés que nous venons d'indiquer, l'art. 283 en indique six autres dans la seconde disposition, qui porte : « Pourront aussi être reprochés :

» 1° Le témoin héritier présomptif ou donataire;

» 2° Celui qui aura bu ou mangé avec la partie, et à ses frais, depuis la prononciation du jugement qui a ordonné l'enquête;

» 3° Celui qui aura donné des certificats sur les faits relatifs au procès;

» 4° Les serviteurs et domestiques;

» 5° Le témoin en état d'accusation;

» 6° Celui qui aura été condamné à une peine afflictive ou infamante, ou même à une peine correctionnelle, pour cause de vol. »

291. Nous avons déjà remarqué que l'ordonnance de 1667, après avoir prononcé l'exclusion du droit de témoignage, non-seulement contre tous les parents et alliés en ligne directe, mais encore contre les parents et alliés collatéraux, jusqu'au huitième degré, avait abandonné tous les moyens de reproches au jugement et à la prudence du magistrat sans en indiquer aucun. On tenait pour principe, sous l'empire de cette loi, comme l'observe le chancelier d'Aguesseau, *qu'aucune ordonnance n'a fixé le nombre et la qualité des reproches.*

Si le Code de procédure en indique six dans notre art. 283, il ne faut pas conclure de cette indication ou énumération qu'il ait voulu limiter à ce nombre les moyens de reproches,

(1) *Voyez* Pothier, *Traité du Contrat de mariage*, n° 150.

(2) Pothier, *ibid.*, n° 161.

(3) Ajoutez qu'en étendant, contre toute raison, les reproches jusqu'aux alliés du second genre, on *n'affaiblirait pas seulement la preuve*, comme le disait le président de Lamoignon, parlant de l'exclusion des parents collatéraux, on la rendrait très-souvent impossible, si on pouvait exclure :

1° Tous les parents de la partie;

2° Tous les alliés qu'elle pourrait avoir d'un premier mariage;

3° Tous les parents de son conjoint;

4° Tous les alliés d'un conjoint, tant d'un premier que d'un second mariage, le tout jusqu'au dixième degré.

Calculez le nombre des personnes reprochables, et vous verrez combien il serait absurde de penser que le Code permet d'exclure un si grand nombre de témoins.

(4) Par un arrêt du 5 prairial an XIII, la cour de cassation a décidé qu'il n'existe pas d'alliance entre un individu et la femme de son beau-frère, et qu'ainsi la femme du beau-frère de l'accusé peut être entendue comme témoin.

Un arrêt de Dijon avait jugé que la femme du beau-frère de l'accusé était la belle-sœur de celui-ci; puis, se fondant sur l'art. 358 du Code des délits et des peines du 3 brumaire an IV, il avait refusé de l'entendre comme témoin. Mais la cour de cassation, par arrêt du 5 prairial an XIII, « attendu que l'alliance dont parle l'article cité est celle qui se contracte par le mariage, entre l'un des conjoints et les parents de l'autre; qu'un époux n'a, par conséquent, pour alliés, du chef de son conjoint, que ceux qui en sont les parents; que cependant l'arrêt attaqué a étendu l'effet de l'alliance, même aux alliés du conjoint, puisqu'il a décidé que la femme du beau-frère de l'accusé était, comme son mari, son alliée au même degré, et a, en conséquence, refusé de l'entendre, comme étant par son mari belle-sœur de l'accusé; d'où il résulte une fausse application évidente de l'article 358 ci-dessus cité; par ces motifs, la cour casse, etc. »

dont le nombre est illimité par la nature des choses. Cette conséquence serait une grande erreur. Les reproches, nous l'avons déjà dit, ne sont autre chose que les faits reprochés au témoin, d'où l'on prétend tirer des inductions contre sa véracité, contre la foi due à son témoignage, afin de le faire rejeter ou écarter. On ne peut prévoir, on ne peut énumérer tous ces faits, parce qu'ils peuvent varier presque à l'infini. On peut encore moins apprécier d'avance les inductions qu'ils peuvent présenter, puisque la justesse de ces inductions dépend des circonstances de chaque fait particulier. Il est donc impossible, par la nature même des choses, que la loi puisse fixer ou limiter le nombre des reproches : il reste nécessairement abandonné au jugement et à la prudence du magistrat (1). (*Vid. sup.*, nos 271 et 272.)

292. Mais si le législateur ne pouvait limiter le nombre des reproches, il pouvait, il devait même, dans les circonstances où fut rédigé le Code de procédure, en indiquer quelques-uns, et notamment celui qu'on peut fonder sur la parenté ou sur l'alliance.

L'ordonnance de 1667 avait défendu d'entendre en témoignage les parents et alliés jusqu'au degré des enfants de cousins issus de germain, c'est-à-dire jusqu'au huitième degré, suivant la manière actuelle de compter les degrés. Cette prohibition a été, par l'article 268 du Code de procédure, restreinte aux parents ou alliés en ligne directe. Si, après cette restriction, le Code avait gardé le silence sur les parents et alliés en collatérale, on eût pu en conclure qu'ils pouvaient être reprochés jusqu'au huitième degré. Le législateur, voulant limiter le reproche au sixième degré, c'est-à-dire aux enfants des cousins germains, était donc forcé de s'en expliquer.

Il fallait encore décider si le moyen de reproche, fondé sur l'alliance ou l'affinité, s'étendait au cas où elle est dissoute par la mort du conjoint d'où elle procède. C'est une question dont l'ordonnance de 1667 n'a point parlé, aux titres *des Enquêtes* et *des Reproches*. Ainsi, de toute manière, le législateur ne pouvait se dispenser d'indiquer et d'expliquer le moyen de reproche fondé sur la parenté ou sur l'alliance en collatérale. Nous verrons bientôt, en les développant, qu'il y avait des motifs raisonnables d'indiquer et d'expliquer les six autres moyens de reproches dont il parle à la suite du moyen résultant de la parenté et de l'affinité. On ne peut donc conclure des indications qu'il a faites que le Code de procédure ait voulu limiter le nombre des reproches à ceux qu'il a indiqués ainsi. La disposition de l'art. 283 est simplement indicative ou énonciative, et non limitative; on ne saurait soutenir le contraire sans tomber dans l'absurdité. Qui pourrait soutenir, par exemple, qu'on ne peut reprocher, parce que le Code ne parle point de ce reproche, l'amant déclaré de la femme qui est partie au procès, celui qui s'est reconnu, dans leur acte de naissance, le père de deux enfants naturels, dont elle est accouchée? Cette absurdité révoltante ne se trouve ni dans le texte ni dans l'esprit du Code.

293. On y voit, au contraire, qu'il reconnaît deux espèces de reproches : les uns qu'on appelle *généraux* (2), parce qu'ils sont indiqués par la loi, parce que les faits ou les qualités qu'elle indique, *peuvent*, dans tous les cas, et contre quelque personne que ce soit, motiver un reproche, sauf néanmoins les circonstances particulières, qui pourraient en détruire les conséquences et faire rejeter le reproche par le magistrat chargé de juger.

Les autres qu'on appelle *particuliers*, parce qu'ils naissent d'un fait particulier, non indiqué par la loi comme moyen de reproche général, mais qui est imputé ou reproché au témoin, et d'où l'on tire des inductions tendant à détruire ou altérer la foi due à son témoignage et à le faire rejeter ou écarter. C'est de ces reproches particuliers que parle l'art. 270, qui, ne pouvant les prévoir ni les énumérer tous, se borne, comme l'ordonnance de 1667, à exiger qu'ils *soient circonstanciés et pertinents* (3).

Ce n'est qu'après avoir parlé de ces reproches particuliers, dont le nombre est indéfini, que le Code parle des reproches généraux qu'il énumère dans l'article 283, et dont le nombre est limité à six, outre la parenté et l'alliance au sixième degré.

294. Il y a cette différence entre les moyens de reproches généraux et particuliers, que les premiers peuvent être admis par les juges, sur la seule existence du fait indiqué par la loi, et uniquement parce qu'elle l'indique comme *pouvant* motiver un reproche, indépendamment des circonstances et sans examiner si elles concourent ou non à fortifier le soupçon qui en résulte contre la sincérité du témoin. Par exemple, si je reproche un témoin comme allié de ma partie adverse au sixième degré, les juges peuvent admettre ce reproche, sur le seul fait de l'alliance avouée ou prouvée, sans rechercher s'il existe des circonstances qui fortifient le faible soupçon que cette qualité peut faire naître,

(1) Bruxelles, 17 mars 1834 (*Pasicr. belge*, et la note).

(2) C'est ainsi que les appelait d'Aguesseau, tome 5, page 471.

(3) Dalloz remarque que cette distinction est arbitraire et de pure théorie; que l'art. 270 du Code de procédure doit être entendu dans sa combinaison avec l'art. 283; que, quant aux faits de suspicion, le juge les appréciera, et que c'est peut-être le meilleur parti dans une matière où le juge a un pouvoir discrétionnaire. (Dalloz, vo *Témoins*, no 28.)

ou s'il n'en existe pas, au contraire, qui le dissipent ou le détruisent; la loi les y autorise, en mettant l'alliance au nombre des faits ou des qualités qui peuvent fonder un reproche.

295. Au contraire, si je propose un reproche particulier, uniquement motivé sur un fait, ou sur une qualité du témoin, non indiqués dans le Code comme moyen général de reproche; par exemple si je reproche un témoin comme parent de ma partie adverse au septième degré, les juges ne peuvent admettre ce reproche sur le seul motif de la parenté reconnue ou prouvée, parce que la parenté au septième degré n'est point un moyen de reproche général établi par le Code, et que les juges ne peuvent, sans excéder leurs pouvoirs et sans violer la loi, *admettre un motif de reproche général que la loi n'a pas créé*.

C'est un principe reconnu et proclamé par la cour de cassation, à l'occasion de l'affaire du juif Aaron Feist-Salomon, qui demandait le payement d'un billet notarié. Un décret impérial, du 17 mars 1808, ordonnait qu'aucune obligation ou promesse, souscrite par un commerçant au profit d'un juif, ne pourrait être exigée, sans que le porteur prouvât que la valeur a été fournie en entier, et sans fraude.

Salomon présenta pour témoins le notaire et les témoins instrumentaires qui avaient signé l'acte, lequel portait que ledit Salomon avait, tout présentement, compté et numéré la somme aux débiteurs, qui l'avaient retirée et promis de la rendre.

Ces témoins furent reprochés comme ayant donné des certificats sur les faits du procès, et parce qu'ils ne pouvaient faire une déposition contraire à ce qu'ils avaient attesté par leurs signatures, sans avouer leur propre turpitude.

Le tribunal de Schelestadt déclara ces moyens de reproches pertinents et admissibles, et ordonna que les dépositions seraient rejetées; mais le jugement fut cassé par arrêt du 22 novembre 1812 : « Attendu que le notaire qui a » reçu l'acte, et les deux témoins instrumen- » taires qui l'ont signé, ayant un caractère légal, » et n'ayant rempli qu'un ministère avoué par la » loi, ne peuvent, par l'effet de cette rédaction » et de ces signatures, être assimilés à ceux qui » auraient donné des certificats sur des faits re- » latifs aux procès;

» Et qu'en déclarant fondés, contre les trois » témoins présentés par le demandeur, *les re- » proches pris de leur qualité*, et en rejetant » leurs dépositions, par application de l'arti- » cle 283 le tribunal civil de Schelestadt a fait » une fausse application de cette loi, et l'a en » outre violée, *en admettant un motif de reproche » de témoins que la loi n'a pas créé.* »

Ainsi donc, les qualités de notaire ou de témoin instrumentaire d'un acte ne ont point par elles-mêmes un motif suffisant de reproche, et il en est de même de la parenté au septième degré. Pourquoi cela? Parce que la loi n'a point mis ces qualités au nombre des reproches généraux, et que la loi seule peut établir ces reproches généraux.

Mais si une liaison intime rapprochait les parents au septième degré, si la partie était l'héritière présomptive du témoin, si ses enfants étaient élevés chez lui comme enfants de la maison, nul doute que le reproche pourrait être admis, et la déposition rejetée, attendu que si la parenté au septième degré n'est point un motif de reproche autorisé par la loi, et que s'il en est de même de la qualité d'héritier présomptif du témoin, ces deux qualités réunies, et jointes à la circonstance que les enfants de la partie sont élevés chez le témoin comme ses propres enfants, forment un moyen de reproche *circonstancié et pertinent*.

296. Si, à la différence des reproches particuliers, les tribunaux peuvent, indépendamment des circonstances, et sur la seule existence du fait, admettre les reproches généraux indiqués par la loi, il n'en faut pas conclure qu'ils soient obligés de les admettre et qu'ils n'aient pas le pouvoir de les rejeter : ce serait une erreur. Le Code de procédure, au contraire, leur recommande de statuer sur les reproches; ce qu'ils ne peuvent faire sans les examiner, ainsi que les réponses que l'autre partie est toujours libre d'y faire : c'est un incident du procès. En attendant que le tribunal statue, le témoin reproché doit être entendu dans sa déposition (art. 284), que reçoit le commissaire du tribunal, chargé de faire l'enquête. Il est ensuite statué sommairement par le tribunal sur les reproches (art. 287), ainsi que sur les réponses aux reproches que l'autre partie a toujours la faculté de faire, si bon lui semble (1); enfin, *si les reproches sont admis, la déposition du témoin reproché ne sera point lue*, dit l'art. 291.

Cet article et les précédents, qui se trouvent immédiatement à la suite de l'art. 283, dans lequel sont énumérés les reproches généraux établis par la loi, ne permettent pas de douter que leurs dispositions s'appliquent à ces derniers, de même qu'aux reproches particuliers dont parle l'art. 270; les uns et les autres peuvent donc être admis ou rejetés par le tribunal, après l'examen des reproches et des réponses.

297. Ces réponses peuvent avoir pour objet

(1) L'ordonnance de 1667 le permettait par une disposition expresse. Le Code de procédure se borne à le supposer dans l'article 290. Le législateur n'a pas jugé qu'une disposition formelle fût nécessaire pour autoriser une faculté de droit commun et naturel.

de détruire, soit la réalité du fait, en prouvant qu'il est faux ou qu'il n'est pas justifié; soit des inductions qu'on en veut tirer, en démontrant qu'elles sont mal fondées.

Par exemple, ma partie adverse peut reprocher un témoin que j'ai appelé, en alléguant qu'il a bu et mangé chez moi depuis le jugement qui ordonne l'enquête; c'est un reproche autorisé par l'article 283 (1). J'y puis répondre de deux manières:

1° En niant le fait, qui n'est pas justifié, ou en prouvant qu'il est faux;

2° En avouant le fait, mais en soutenant qu'on n'en peut tirer aucune induction raisonnable contre la véracité du témoin, aucun soupçon de séduction ou de subornation, parce que je ne connaissais pas le témoin, attendu qu'il habite une ville éloignée;

Parce qu'il n'est venu chez moi que par occasion, à une fête que je donnais, et où il fut présenté par un ami, chez lequel il était descendu en passant à Rennes, d'où il repartit le lendemain sans me voir;

Parce qu'il est impossible qu'il eût connaissance du jugement qui ordonnait l'enquête, ce jugement n'ayant été prononcé que la veille, à Brest, où le procès est pendant;

Parce qu'il ignorait qu'il serait appelé en témoignage, et que je l'ignorais moi-même, attendu que le procès est dirigé par un homme d'affaires, qui demeure sur les lieux, et qui seul pouvait connaître et indiquer les personnes qu'on pourrait appeler en témoignage.

Le reproche et les réponses que j'y ai faites sont soumis à la décision du tribunal, et si le reproche est admis, la déposition ne doit pas être lue. (Art. 291.)

Donc les juges peuvent ne pas admettre les reproches; donc, s'ils ne les admettent pas, la déposition du témoin reproché sera lue, de même que celles des témoins non reprochés. La conséquence est directe et nécessaire.

298. Vainement objecterait-on que la faculté de reprocher un témoin, pour l'une des causes indiquées dans l'art. 283, étant accordée par le Code de procédure, les juges ne peuvent rendre cette faculté illusoire, en rejetant le reproche, lorsque le fait est prouvé; que l'autre partie ne peut proposer aucun moyen de détruire l'induction qu'on en tire, parce que cette induction est tirée par la loi même, qui attache au fait indiqué une présomption légale de séduction, présomption contre laquelle nulle preuve n'est admise. (Art. 1352 du Code civil.)

Non, il n'est pas vrai que la loi ait attaché une présomption de séduction et de subornation aux faits de reproches indiqués dans l'art. 283. Cette présomption légale n'est attachée qu'aux faits à raison desquels la loi a privé certaines personnes du droit de témoignage. Ainsi, l'article 268 défend d'entendre en témoignage les parents et alliés en ligne directe, ainsi que le conjoint, parce que des liaisons aussi intimes que celles que la nature a formées entre ces personnes ne leur permettent pas de voir les choses avec impartialité. Voilà une présomption légale contre laquelle nulle preuve ne peut être admise.

Quant aux reproches fondés sur la parenté collatérale, et autres reproches indiqués dans l'art. 283, en permettant aux parties intéressées de les proposer, le Code ne commande point aux juges de les admettre. Il ne pouvait le leur commander sans contradiction, puisqu'il leur ordonne de les juger, ce qui suppose nécessairement la faculté de les rejeter ou de les admettre. S'ils étaient forcés, par exemple, d'admettre le reproche fondé sur la parenté collatérale, où serait, relativement au droit de témoignage, la différence entre les parents en ligne directe, que l'art. 268 défend d'admettre et commande de rejeter, et les collatéraux que l'art. 283 permet seulement de reprocher?

299. Qu'est-ce donc que les reproches généraux indiqués par la loi? Ce sont, suivant d'Aguesseau, tome 5, page 474, *des qualités que le juge doit examiner dans la personne des témoins*, parce qu'elles peuvent faire naître des soupçons contre leur sincérité. Mais la raison et les lois leur donnent pour contre-poids le caractère du témoin, la fermeté de ses principes, ses mœurs, sa conduite; ajoutez-y les circonstances extérieures, qui peuvent assurer sa bonne foi. Si ces considérations mûrement pesées dissipent tout soupçon, il faut admettre son témoignage: *nam si careat suspicione testimonium, vel propter personam a qua fertur, quod honesta sit; vel propter causam, quod neque lucri, neque gratiæ, neque inimicitiæ causa sit, admittendus est.* Voilà ce que dit le droit romain, que d'Aguesseau se plaît à qualifier de *raison écrite*. (*Voyez* L. 3, ff. *de testibus*, 22, 5.)

Dans les exclusions, au contraire, le juge n'a rien à examiner que le simple fait toujours facile à connaître. Le témoin est-il parent de l'une des parties en ligne directe, ou son conjoint? Oui. Cela suffit: il doit être écarté, *prohibetur*. Les principes les plus sévères, les mœurs les plus austères, la probité la mieux éprouvée, la conduite la plus pure et la plus irrépréhensible, rien ne peut entrer en balance avec la prohibition de la loi, *prohibetur*.

Posons donc en principe que les juges ont le pouvoir de rejeter aussi bien que d'admettre les

(1) Les auteurs enseignent que l'individu chez lequel la partie boit et mange comme pensionnaire n'est pas reprochable en qualité de témoin. Pigeau, *Comment.*, t. 1er, p. 282; Favard, vo *Preuve;* Berriat, sur l'art. 283, note 45; Carré, no 1109.

moyens de reproches généraux indiqués par l'article 283, s'il résulte des circonstances et des réponses aux reproches qu'ils ne sont pas fondés (1).

300. Cependant Locré, *Esprit du Code de commerce*, tom. 9, pag. 307 et 308, soutient que, dans cette occasion, le ministère du juge se réduit à vérifier les faits sur lesquels on fonde le reproche, et quand les causes de reproche sont justifiées, qu'il n'a pas plus de droit de repousser une cause admise par la loi, qu'il n'a celui d'admettre une cause qu'elle ne reconnaît point.

Il prétend que cela résulte *de la nature des choses;*

De l'art. 289, qui suppose que, dans les cas où le reproche se trouve justifié par écrit, le tribunal n'a plus rien à voir;

Enfin du changement fait dans la rédaction de l'art. 283 pour se conformer à ce système.

L'opinion d'un auteur tel que Locré mérite d'être examinée avant de la rejeter.

Il ne dit point ce qu'il entend par *la nature des choses*, qui force le magistrat d'écarter le témoin, si le fait est vérifié, sans examiner si l'induction qu'on en tire est fondée. Il nous semble au contraire que le magistrat, étant chargé par la loi de juger les reproches; que le magistrat, à qui la loi recommande si fortement, comme son premier devoir, d'examiner la foi due au témoin, et d'admettre son témoignage, s'il ne s'élève pas de soupçon contre lui, *nam si careat suspicione, admittendus est ;* que le magistrat enfin a, par *la nature des choses*, c'est-à-dire par cela même qu'il est chargé d'examiner le témoin et de juger le reproche, le pouvoir de juger le fait et le droit, si le fait reproché est vrai ou faux, si l'induction qu'on en tire est ou non fondée. Autrement, pourquoi écrire la déposition du témoin, quand le fait reproché est reconnu ou prouvé par écrit? En chargeant le magistrat de juger les reproches, la loi n'a pas distingué entre le fait et le droit. Nous ne devons pas admettre une distinction qui n'est pas dans la loi.

Quant à l'art. 289, il n'est nullement vrai qu'il suppose que, dans le cas où le reproche est justifié par écrit, le tribunal *n'a plus rien à voir*. Cet article dit seulement que si le reproche proposé avant la déposition n'est pas justifié par écrit, la partie doit en offrir la preuve et désigner les témoins; autrement elle n'y sera pas reçue. Conclure de là que, si le reproche est justifié par écrit, le tribunal *n'a plus rien à voir*, c'est manquer aux premières règles du raisonnement. La seule conséquence qu'on puisse tirer de cet article, c'est que la partie ne peut, après avoir entendu la déposition, proposer des moyens de reproches, à moins qu'ils ne soient justifiés par écrit; mais ces reproches justifiés par écrit sont, comme les autres, soumis au jugement du magistrat; *et s'ils sont admis*, dit l'art. 291, *la déposition ne sera pas lue :* ce qui suppose clairement et sans équivoque que, s'ils ne sont pas admis, elle sera lue.

Enfin, Locré appuie son opinion sur le changement fait dans l'art. 283 *pour se conformer*, dit-il, *à ce système*. Dans le projet de l'article, le premier membre de phrase était ainsi conçu : «*Pourront être présentés comme reproches, l'al-» liance, la parenté, etc.* » Le second membre de l'article portait : « *Pourront être reprochés, l'hé-» ritier présomptif ou donataire, etc.* »

La cour d'Orléans crut apercevoir de la différence dans le sens de ces expressions, *pourront être présentés comme reproches*, *etc.*, employées dans le premier membre de la phrase, et celles-ci, *pourront être reprochés*, employées dans le second membre. Elle disait que l'on *pourrait* conclure des premières que le reproche n'est *pas absolu*, et que les secondes présentaient l'idée d'un reproche absolu. Avec quelque attention que nous examinions ces expressions, il nous est impossible d'y apercevoir un sens différent. C'est toujours la même idée présentée sous deux formules diverses : l'une plus longue, l'autre plus brève; et nous osons demander au lecteur attentif si la faculté de présenter la parenté ou la qualité d'héritier comme *reproche*, et la faculté de *reprocher* les parents ou l'héritier présomptif, ne sont pas absolument la même chose ; s'il y a de la différence entre présenter un fait *comme reproche*, ou *reprocher* un fait; et si le scoliste le plus subtil y pourrait trouver à distinguer? L'observation de la cour d'Orléans n'avait donc aucune espèce de fondement raisonnable; cependant elle fit apercevoir qu'il y avait de l'inconvénient à se servir d'expressions différentes pour rendre la même idée, dans le premier et dans le second paragraphe de l'article. En conséquence, la section de législation du tribunat proposa d'y suivre *la même coupure de phrase*. Cette section présenta donc la rédaction qu'on trouve dans le Code : *pourront être reprochés les parents et alliés, etc.; pourront aussi être reprochés l'héritier présomptif, etc.*

Locré en conclut que cette rédaction rend

(1) C'est aussi l'opinion de Pigeau, de Carré, nos 1101, 1102, et de Favard, vo *Preuve*, combattue par Locré dans son *Esprit du Code de commerce*, par Berriat, sur le *Code de procédure*, p. 207, note 42 *a*. Dalloz incline aussi vers cette opinion qui coupe court à tout débat, et les nombreux arrêts sont conformes. (Paris, 24 mai 1811; Aix, 11 juin 1830; cass., 25 juillet 1826 ; Rennes, 6 janvier 1830; Bourges, 15 février 1832; Bruxelles, 9 mai 1838 ; Poitiers, 12 décembre 1837.) Néanmoins, il semble que dans le doute on doit se décider pour la plus grande latitude à accorder à la défense; qu'en conséquence on doit adopter l'opinion d'après laquelle le juge reste libre d'admettre ou de rejeter les reproches énumérés dans l'article 283, et par suite d'accueillir ou de refuser d'entendre les dépositions.

absolu l'effet du reproche. Nous nions cette conséquence, qui, bien analysée, se réduit à ce raisonnement-ci : La cour d'Orléans pensait que ces mots: *pourront être reprochés*, constituent un reproche absolu : le tribunat, en examinant le projet de l'art. 283, pensa qu'il fallait suivre la même coupure de phrase dans les deux paragraphes de cet article, et dire, dans l'un comme dans l'autre: *Pourront être reprochés* les parents, etc.: *pourront être reprochés* l'héritier légitime, etc. Cette rédaction a passé dans le Code; donc elle constitue un reproche absolu.

Nous croyons avoir prouvé le contraire, et les raisons de Locré ne nous paraissant pas suffisantes, nous persistons à penser que le magistrat, en jugeant le reproche, doit examiner : 1° si le fait reproché est vérifié; 2° si les inductions qu'on en tire sont fondées ; et qu'il peut, en cas qu'elles ne le soient pas, rejeter le reproche et faire lire la déposition.

301. Nous ne saurions encore partager une autre opinion de Locré, qui prétend, au même endroit, que les motifs de reproche indiqués dans l'art. 283 sont les seuls qu'il soit permis aux juges d'admettre. Nous avons déjà examiné cette question, n[os] 271-278; il nous reste à répondre aux raisons de Locré. Il dit qu'après avoir exclu d'une manière absolue les parents et alliés jusqu'au quatrième degré, l'ordonnance de 1667 n'avait pas cru devoir indiquer les moyens de reproches ; qu'elle se contentait d'exiger que les reproches fussent pertinents et circonstanciés, et qu'elle permettait à la partie de faire valoir tous les motifs possibles de suspicion, et laissait le juge en apprécier la force.

Nous sommes d'accord sur ce point avec Locré, et nous avons exposé, n° 278, les motifs de cette sage disposition de l'ordonnance.

Mais Locré prétend que « les commissaires-» rédacteurs du projet du Code de procédure » proposèrent, au contraire, de spécifier les » causes de reproches. »

Si, par *spécifier* les causes de reproches, l'auteur entend les *limiter*, de manière qu'il ne soit pas permis aux juges d'en admettre d'autres, il n'est pas vrai que les commissaires-rédacteurs aient jamais proposé de *spécifier* ou de limiter les causes de reproches. Ce qu'il y a de vrai, c'est seulement qu'ils proposèrent un article, l'article 286, devenu l'article 283 du Code, dans lequel plusieurs causes de reproches étaient indiquées ou énumérées; mais ils ne proposèrent point de rendre cette indication exclusive ou limitative, de manière qu'il ne fût pas permis aux juges d'admettre d'autres causes de reproches. Une pareille proposition eût infailliblement été rejetée; car il est contre la raison de limiter les causes de reproches, parce qu'il est impossible de les prévoir toutes.

On ne saurait même, sans les accuser d'injustice et d'imprévoyance, pour ne rien dire de plus, supposer aux commissaires-rédacteurs l'intention de rendre limitative l'indication contenue dans l'article 283; car elle contient des causes de reproches très-insignifiantes, et en omet de beaucoup plus fortes, et de tellement fortes qu'on ne pourrait les écarter sans une injustice révoltante : par exemple l'article 283 permet de reprocher, sans distinction, celui qui a bu ou mangé avec la partie, depuis le jugement qui ordonne l'enquête, quoique, peut-être, il ignorât l'existence du jugement et celle même du procès; et le même article ne met pas le concubinage public au nombre des causes de reproches. Il ne permet pas de reprocher l'amant déclaré de la partie adverse, celui qui s'est authentiquement reconnu père d'un enfant naturel dont elle est accouchée.

302. Ainsi, les commissaires-rédacteurs n'ont pas proposé de rendre limitative l'indication des causes de reproches, et l'on ne peut raisonnablement leur supposer cette intention. Voyons si, dans le fait, comme le soutient Locré, l'article 283 présente l'idée ou l'apparence d'une disposition limitative.

La cour de Caen, dit-il, crut nécessaire de prévoir d'autres cas que ceux qu'indique cet article. Il semblait à cette cour que les autres causes de reproches étaient écartées. Il faudrait, disait-elle, permettre aux parties de proposer tels autres reproches, et laisser à la prudence des juges d'y avoir tel égard que de raison. C'est ce que Locré appelle un *système mixte*.

La cour de Turin observait aussi que, dans l'énumération des reproches, on avait omis des cas qui devaient y être compris. Elle pensait qu'il fallait modifier la rédaction, en disant : « pour-« ront être présentés *particulièrement* comme » reproches, » pour ne pas exclure tous les autres.

Ainsi, sur le grand nombre de cours qui existaient alors dans l'empire français, deux seules désiraient qu'on modifiât la rédaction de l'article 283, ou qu'on y ajoutât, dans la crainte qu'il ne semblât exclure les causes de reproches non indiquées. Toutes les autres cours ne désiraient ni addition ni modification, sans doute parce qu'elles les croyaient inutiles. Il en arriva qu'il ne fut fait ni addition ni modification. Locré en conclut avec assurance que « le système de la » commission a été préféré, comme le seul con-» forme à la théorie générale de notre législa-» tion, qui n'abandonne à l'arbitrage du juge » que ce qu'elle ne peut régler. »

De quel système veut ici parler Locré? Du système de faire une énumération limitative des reproches? Nous avons vu que cette énumération n'est pas raisonnable, parce qu'elle n'est pas possible; que les commissaires n'ont point proposé un pareil système, et qu'on ne peut leur en supposer l'intention.

Cependant Locré affirme que c'est le seul conforme à l'esprit général de notre législation, qui

n'abandonne à l'arbitrage du juge que ce qu'elle ne peut régler.

C'est encore une erreur. Il fut un temps où la terreur panique de l'arbitraire avait introduit l'usage de ne pas permettre aux juges de prononcer sur les cas que la loi n'avait pas réglés ; mais ce système, très-salutaire en matière de crime, a été proscrit dans les autres matières par le Code civil des Français. Le juge est aujourd'hui un ministre d'equité, qui peut et qui doit suppléer au silence de la loi. « Le » juge qui refusera de juger, sous prétexte » du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance » de la loi, pourra être poursuivi comme cou » pable de déni de justice. » (Art. 4.)

C'est aussi la maxime du droit romain, notamment en matièr de reproches, comme nous le verrons tout à l'heure.

Mais Locré prétend que l'énonciation des causes de reproches indiquées dans l'art. 285 est limitative par elle-même; car, dit-il, une énumeration précise exclut tout ce qu'elle ne comprend pas. La preuve qu'il en donne, c'est que, suivant le *style des lois*, toutes les fois que le législateur indique lui-même les faits d'où dépendront certains résultats, il défend implicitement d'attacher ces résultats à aucun autre, à moins que les faits qu'il indique ne soient énoncés par forme d'exemples; et alors, ou la disposition le dit *formellement*, ou elle est terminée par une clause générale qui admet les autres cas semblables.

Ainsi, selon Locré, une disposition est limitative toutes les fois que la loi ne dit pas formellement qu'elle est démonstrative.

Nous répondons que cette doctrine est en opposition avec celle du droit romain, avec celle des jurisconsultes français. avec la jurisprudence constante de la cour de cassation.

Papinien, loi 13, ff. *de testibus*, 22, 5, enseigne que le juge doit suppléer au silence des lois, et aux cas qu'elles ont omis, et ce qu'il y a de remarquable, c'est en matiére de reproches qu'il le dit : *Julia lex de vi, et repetundarum, et peculatus, eos homines testimonium dicere non vetuerunt. Verum tamen, quod legibus omissum est, non omittetur religione judicantium.*

Il est donc vrai que, dans le droit romain, l'énumération des reproches n'empêchait pas les juges d'en admettre d'autres; elle n'était pas limitative.

Quant à nos auteurs français, nous n'en citerons qu'un pour abréger, notre savant maître Duparc-Poullain : « Dans toutes les lois, dit-il (1), » il y a des dispositions ou démonstratives ou » limitatives. La disposition démonstrative est » celle qui prononce sur une espèce particulière, » *sans exclure* la même décision sur d'autres » espèces qui peuvent y avoir rapport.

» La disposition *limitative* est celle qui, en » établissant une maxime, la limite à certains » cas au delà desquels on ne peut jamais l'éten- » dre »

Ainsi, les auteurs français enseignent, contre la doctrine de Locré, que la disposition d'une loi est démonstrative, lorsque la loi ne la *limite* pas, lorsque la loi n'exclut pas la même decision sur d'autres espèces qui peuvent y avoir rapport.

Enfin, la jurisprudence constante de la cour de cassation est conforme à cette maxime; en voici la preuve. L'art. 46 du Code civil permet de prouver par témoins les naissances, mariages et décès; mais en deux cas seulement : 1° lorsqu'il n'a point existé de registres de l'état civil; 2° lorsqu'ils sont perdus.

Selon la doctrine de Locré, il faudrait dire que cette disposition est *limitative;* car la loi n'a point dit formellement que ces deux cas sont donnés pour exemples : mais la cour de cassation a décidé, au contraire, qu'elle ne l'est pas, parce que le Code ne la limite point aux deux cas énumérés ; parce qu'il ne défend pas de l'appliquer à d'autres cas; et elle a répété cette décision dans trois arrêts, l'un du 12 mars 1807, le second du 5 février 1809, le troisième du 22 décembre 1819. Il suffit de rapporter le considérant de ce dernier arrêt, parce qu'il est conforme aux autres : « Attendu que ni l'art. 14 de l'ordon- » nance de 1667, ni l'art. 46 du Code civil, qui » a reproduit la disposition de cette ordonnance, » en *spécifiant deux cas,* dans lesquels la preuve » testimoniale des actes de l'état civil doit être » ordonnée, savoir, celui où il n'a pas existé de » registres, et celui où ces registres auraient » été perdus, ne sont ni *limitatifs*, ni exclusifs » d'autres cas où cette même preuve pourrait » être admise, etc., etc. »

303. De cette doctrine, conforme à la raison, nous concluons avec assurance que la disposition de l'art. 283, qui spécifie certaines causes de reproches, n'est point *limitative*, et n'exclut point d'autres cas; et que la religion des juges peut, comme le dit Papinien, suppléer celles qui sont omises (2).

Cette conséquence nous paraît d'autant plus sûre : 1° que l'indication contenue dans l'art. 283 était, comme nous l'avons fait voir, nécessaire pour dissiper les doutes qui pouvaient s'élever sur certaines causes de reproches, et qui ne peuvent pas raisonnablement s'élever sur des causes plus fortes. On doit donc appliquer ici la règle : *Quæ dubitationis tollendæ causa... inseruntur, jus commune non lædunt* (L. 81, ff. *de reg. jur.*);

(1) *Principes du droit*, t. 5, p. 364 et 365.

(2) Bruxelles, 27 juillet 1825 et 17 mars 1834 (*Pasicrisie belge*, à ces dates). *Voy.*, en sens contraire, Bruxelles, 31 décembre 1828.

2° que si cette indication était regardée comme limitative, il en résulterait une véritable injustice, en ce qu'on y a omis des causes de reproches qu'il est impossible de ne pas admettre, tandis qu'on y trouve des causes très-insignifiantes en elles-mêmes.

Et qu'on ne dise pas avec Locré (*Esprit du Code de procédure*, tome 1, page 500) qu'il est sans danger de ne pas admettre un motif de reproche qui n'est pas indiqué dans l'article cité, quoique plus fort que ceux qui le sont, par la raison que « maintenant les dépositions ne » sont pas comptées, mais pesées; que la con- » viction du juge n'est pas liée par la déposition » de plusieurs témoins, etc. » Nous lui répondrons que la loi a jugé très-dangereux de lire la déposition d'un témoin reprochable, et que c'est pour cela que l'article 291 défend de la lire, *si le reproche est admis;* et Locré lui-même en donne une excellente raison (1); c'est que « lire » la déposition, sous tel prétexte que ce soit, » c'est s'exposer à faire, sur l'esprit des juges, » une impression qui reviendrait malgré eux, et » qui rendrait à peu près inutile la faculté de » reprocher. »

504. Passons à l'examen des moyens de reproches généraux, autres que la parenté et l'alliance en collatérale, qu'on trouve spécifiés dans la seconde disposition de l'article 283. Nous avons vu ci-dessus qu'il y en a six (2).

Le premier est fondé sur la connaissance du cœur humain. L'observation et l'expérience de tous les siècles nous démontrent qu'on doit tenir pour suspect le témoignage de celui que domine une passion quelconque. L'intérêt, la crainte et l'espérance agitent naturellement celui qu'on appelle à déposer pour ou contre la personne dont il est héritier présomptif.

Une passion plus douce, mais très-impérieuse dans un cœur honnête, agite celui du donataire. La reconnaissance, la crainte de passer pour ingrat, lui permettent-elles de voir les faits qui intéressent l'honneur ou la fortune de son bienfaiteur, tels qu'ils sont et tels qu'il les verrait dans l'état calme et tranquille de la raison? La loi a redouté la séduction de la reconnaissance, et permis de l'opposer contre le témoignage du donataire, comme un moyen de reproche. La qualité de donataire est donc une des qualités que le juge, comme le dit d'Aguesseau, doit examiner dans la personne du témoin.

Remarquons que le Code n'étend point ce reproche au témoin donateur, ni au témoin dont l'une ou l'autre des parties doit hériter. Celui-ci n'a rien à espérer ni à craindre de son héritier présomptif. Il est, à son égard, dans une parfaite indépendance.

Il en est de même du témoin donateur. Le donataire seul est engagé dans les liens de la reconnaissance; il devient, en acceptant le bienfait, l'obligé du donateur, qui, de son côté, demeure indépendant et se place au-dessus du donataire. L'affection que le donateur semble témoigner au donataire, en le préférant à ses propres héritiers, n'a point paru de nature à la ranger au nombre des moyens généraux de reproche contre un témoin. Les libéralités n'ont pas toujours l'affection pour principe; la vanité, et d'autres passions encore, qui n'ont pas personnellement le donataire pour objet, peuvent en être le motif secret.

505. Le second moyen de reproche, indiqué dans la disposition de l'art. 283, n'était mis, par l'ordonnance de 1667, ni au nombre des reproches généraux, ni même au nombre des moyens de récusation.

Nos anciennes ordonnances (3) défendaient à ceux qui tenaient le parlement de boire et de manger avec les parties plaidantes devant eux. Il paraît que cette défense particulière aux membres des parlements était fondée sur des raisons de décence et d'honnêteté publique. Le magistrat est la femme de César, qui ne doit pas même être soupçonnée. L'ordonnance de 1667 n'avait donc point fait de la contravention à cette défense un moyen spécial de récusation (4); mais elle déclarait, art. 12, titre 24, qu'elle n'entendait pas exclure les autres moyens de fait et de droit, pour lesquels un juge peut être valablement récusé.

---

(1) *Esprit du Code de commerce*, t. 9, p. 512.

(2) Le premier moyen de reproche est maintenu. (Voy. *supra*.)

(3) Il est bon d'en connaître le texte. Celle du 28 octobre 1446, rapportée dans le *Recueil de Néron*, tome 1, p. 20, porte : « Certaines ordonnances faisant mention » que ceux qui tiendront notre parlement ne mangeus- » sent ni boyvent avec les parties qui ont affaire devant » eux; ajoutons et ordonnons que doresnavant et dès » maintenant, défendons *aux présidents et conseillers*, » sur leurs serments, que, le moins qu'ils pourront, ils » fréquentent et communiquent avec les parties plaidant » en notredite cour, et que ils ne mangeussent ne boyvent » avec elles, à leur convy, ne avecques leurs procureurs » et avocats, quand ils sauront que lesdits procureurs et » avocats les convoyeront à la requête et aux dépens » desdites parties, et aussi que lesdits présidents et con- » seillers se gardent le plus qu'ils pourront de prendre » et de recevoir, par eux, leurs gens et familiers, aucuns » dons ou présents desdites parties, autrement que il » n'est permis de droit, sous quelque prétexte que ce » soit, et soit de viande, vins, ou autre chose. »

Voyez aussi l'ordonnance de saint Louis de décembre 1250, art. 1er; la loi 6, § 3, ff. *de offic. proconsul.*, 1, 16.

(4) Cependant l'article 15 défend aux juges commissaires qui descendent sur les lieux, et aux experts, « de » recevoir, par eux ou par leurs domestiques, aucuns » présents des parties, ni de souffrir qu'ils les défrayent » et payent leur dépense directement ou indirectement, » *à peine* de concussion ou d'amende. »

Mais cette disposition spéciale n'est point étendue aux autres juges, qui ont bu ou mangé chez l'une ou l'autre des parties, depuis le procès commencé. Ce moyen de récusation restait donc abandonné à la prudence des magistrats.

Dans un siècle où la corruption des mœurs est parvenue au dernier degré, *corrumpere et corrumpi sæculum*, on soupçonne facilement la subornation des témoins et la corruption des juges. Le Code de procédure permet de reprocher le témoin « qui aura bu ou mangé avec » la partie et à ses frais, depuis la *prononcia-* » *tion du jugement* qui a ordonné l'enquête. » (Art. 283.)

Il permet également de récuser le juge qui, « *depuis le commencement du procès*, a bu ou » mangé avec l'une ou l'autre des parties, dans » leur maison. » (Art. 378, 8.)

On ne peut se dissimuler que la rédaction de ces deux dispositions laisse beaucoup à désirer.

Les auteurs enseignent (1) qu'on peut présumer séduit ou corrompu le témoin qui a bu ou mangé chez l'une des parties; mais ils exigent que ce soit *depuis l'assignation qui lui a été donnée pour déposer;* ils ajoutent, avec raison, que la présomption *dépend des circonstances et de la qualité des personnes.*

Notre art. 283 étend le reproche au cas même où le témoin aura bu ou mangé avec la partie, *depuis la prononciation du jugement qui a ordonné l'enquête ;* sans distinguer s'il avait ou non connaissance du jugement qui a ordonné cette enquête; s'il connaissait l'existence du procès; s'il savait ou non qu'on devait l'appeler en témoignage. Cette disposition trop générale paraît ainsi trop rigoureuse.

Celui qui, depuis qu'il est appelé en témoignage, va néanmoins s'asseoir fréquemment à la table de la partie qui l'appelle, peut, avec quelque raison, être, suivant les circonstances, soupçonné de prévention ou de séduction.

Mais qu'un témoin honnête, *honestæ et inculpatæ vitæ*, qui s'est trouvé, même par occasion, à l'un de ces repas d'usage dans la société, à une fête où sont ordinairement invités moins d'amis que d'indifférents, puisse être reproché, uniquement parce qu'il a été, à vingt ou trente lieues de là, prononcé un jugement qui ordonne une enquête dans un procès dont, peut-être, il ignorait l'existence, et où il n'était point encore appelé en témoignage, c'est évidemment porter la défiance et le soupçon au delà de toute raison; c'est s'exposer à priver la partie d'un témoignage nécessaire à la découverte de la vérité, et à rendre la preuve impossible.

Si donc les juges étaient forcés d'admettre, en tous ces cas, le reproche fondé sur ce qu'un témoin a bu et mangé avec la partie, *depuis la prononciation du jugement*, et de rejeter son témoignage, sans qu'il leur fût permis d'avoir égard aux circonstances, et à la qualité des personnes, on ne pourrait s'empêcher de convenir qu'il y a, dans notre art. 283, imprévoyance ou injustice; mais nous avons vu que les juges ont, suivant les circonstances, le pouvoir de rejeter même les reproches indiqués par la loi.

306. Le troisième moyen de reproche, indiqué dans la seconde partie de l'art. 283, est le cas où le témoin appelé *a donné un certificat sur les faits relatifs au procès.*

On peut trouver la première source de cette disposition dans un rescrit de l'empereur Adrien (2), qui répondait qu'il en croirait les témoins, et non les témoignages écrits, c'est-à-dire les certificats : *testibus se, non testimoniis crediturum.* L'autorité des témoins présents, dit-il encore, est tout autre que celle des certificats qu'on a coutume de lire aux juges. Au lieu qu'on interroge les témoins, qui doivent rendre raison de leur déposition (3); au contraire, les certificats ou témoignages écrits sont des témoins sourds et muets, qui n'entendent aucune observation et qui n'y peuvent répondre : *Testimonia surda et muta*, dit le proverbe (4).

En général, on nomme certificats les écrits par lesquels on rend témoignage d'un fait, en attestant qu'il est ou qu'il n'est pas. Nous en connaissons de deux espèces : les uns nécessaires et qualifiés, exigés même, en certains cas, par la loi, comme les certificats de vie ou d'existence, les certificats d'études, de service, etc.; ceux-là font foi lorsqu'ils sont donnés par les personnes que la loi charge de les donner.

Il en est autrement des simples certificats sur les faits relatifs à un procès, et donnés par une personne à une autre, sur la seule réquisition de la première.

On a toujours pensé, en France, que ces témoignages muets, arrachés souvent à la complaisance et à la faiblesse, méritaient peu d'égards aux yeux de la justice (5), parce qu'ils

---

(1) *Voy.* Jousse, sur l'art. 1, tit. 23 de l'ordonnance. (*Voy.* la note sur le n° 297, *supra.*)

(2) L. 3, § 3; l. 4, ff. *de testibus*, 22, 5.

(3) *Vid. supra*, n° 260.

(4) Erasmi *Adagia*, lib. 3, cens. 5, n° 75.

(5) Il y a cependant des cas où ils sont reçus, même en matière criminelle, lorsqu'ils tendent à établir des faits qui n'ont eu d'autres témoins que les signataires du certificat, et que ces personnes sont d'ailleurs dignes de foi. Les juges peuvent alors s'en contenter pour asseoir un jugement à la décharge de l'accusé. En voici un exemple tiré de la *Collection de jurisprudence* de Camus et Bayard.

Un avocat d'Aurillac avait été accusé, par un conseiller du siége, de s'être livré à des propos injurieux contre ce dernier, dans la chambre du conseil, en présence des juges qui avaient été obligés de le faire sortir.

Sur ce simple énoncé de la plainte, l'avocat avait été décrété d'ajournement personnel par le lieutenant criminel d'Aurillac. Sur l'appel de ce décret, l'avocat rapporta un certificat, qui lui fut donné par tous les juges présents à la chambre du conseil. Ce certificat attestait que l'avocat s'était comporté avec décence, et qu'ils n'avaient aucun reproche à lui faire.

L'avocat produisit encore d'autres certificats qui prouvaient que, depuis neuf ans qu'il exerçait la profession d'avocat, il s'était toujours comporté d'une manière digne de son état. Ses confrères écrivirent à M. le bâtonnier de

s'écartent des voies que la loi autorise pour parvenir à la preuve, parce qu'ils ne sont point munis du sceau du serment, requis pour assurer la foi des témoins.

On alla plus loin : on en vint au point de penser que le témoin qui a consenti de donner un certificat sur les faits relatifs au procès s'était rendu suspect, et ne pouvait plus être un témoin *omni exceptione major*, parce que sa foi engagée peut le gêner dans sa déposition orale, et l'empêcher, par mauvaise honte, de dire toute la vérité, au risque de se trouver en contradiction avec l'écrit qu'il a imprudemment signé.

Dans les conclusions qu'il donna, lors d'un arrêt rendu par le parlement de Paris, le 11 août 1696, rapporté à sa date dans le *Journal des audiences*, l'avocat général de Lamoignon posait en principe que ce serait *un bon moyen de reproche* contre les témoins, que de s'être assuré de leur déposition *par écrit*.

Le plus suivi des commentateurs de l'ordonnance de 1667, Jousse, mit cette circonstance au rang des reproches qu'il indique comme valables. Il paraît que c'est là que les rédacteurs du Code ont puisé le moyen de reproche indiqué dans notre art. 283, contre le témoin qui a donné *des certificats sur les faits relatifs au procès*.

Restreinte dans ses justes limites, cette disposition est sage. Un certificat concerté entre la partie et le témoin est un des moyens les plus sûrs de faire réussir la séduction, et d'empêcher le témoin séduit ou suborné de varier ensuite pour en revenir à la vérité. Il est plus facile d'arranger dans un écrit que dans sa mémoire un récit artificieux de faits faux ou altérés, à dessein de déguiser la vérité. C'est par ce motif que l'art. 271 du Code exige que le témoin dépose de vive voix, *sans qu'il lui soit permis de lire aucun projet écrit*. Une déposition rédigée d'avance et avec art peut avoir été suggérée et concertée; elle est au moins suspecte, car elle annonce de deux choses l'une : ou que le témoin s'est défié de sa mémoire, ou qu'il craint de s'exposer à des contradictions. Les dispositions des art. 271 et 283 ont, entre elles, beaucoup d'analogie et de connexité. Une déposition écrite est un véritable certificat sur les faits du procès. Elle ne diffère du certificat proprement dit qu'en ce que l'écrit qui la contient n'a pas été remis à la partie pour être présenté au juge. Mais ne peut-on pas soupçonner qu'il en a été remis un double à la partie? Aussi les auteurs qui ont écrit sous l'empire de l'ordonnance de 1667, laquelle n'avait pas mis les certificats au rang des reproches qu'on peut proposer contre les témoins qui les ont donnés, enseignent néanmoins que « si le juge-commissaire, se faisant » un devoir de rapporter exactement la vérité, » déclarait que la déposition a été apportée » écrite par le témoin, il est indubitable qu'elle » serait rejetée (1). »

Cette remarque est importante. Quelque bien préparé que soit un témoin séduit, il se trouve déconcerté quand il n'est pas reçu à lire la déposition qu'il apportait écrite. Il se contredit facilement sur les faits qu'il ignore ou qu'il cherche à déguiser, quand il se trouve forcé de les détailler oralement et de mémoire; ses contradictions, lorsqu'il est d'ailleurs appris qu'il avait apporté une déposition écrite, sont un moyen infaillible pour faire rejeter son témoignage.

507. Il résulte de ce que nous avons dit que, pour qu'il puisse fonder un moyen de reproche, l'écrit qu'on présente comme certificat doit avoir pour objet de s'assurer de la déposition du témoin; qu'il doit être volontairement délivré à la partie qui en fait usage. On ne devrait donc pas regarder comme un certificat ou moyen de reproche la signature de celui qui, ayant en qualité de membre d'un conseil de famille concouru à l'autorisation de suivre un procès dans l'intérêt du mineur, serait, dans la suite, appelé en témoignage sur un fait relatif à ce procès, à moins qu'il ne se trouvât parent au sixième degré du même mineur (2).

On ne devrait pas considérer comme certificat ou moyen de reproche suffisant la réponse faite par un témoin à une lettre où on lui demandait s'il avait connaissance des faits. On a toujours

---

l'ordre des avocats de Paris, et le prièrent de s'intéresser pour lui, ce qu'il ne manqua pas de faire.

M. l'avocat général Barentin, portant la parole en cette affaire, dit qu'il avait la *satisfaction de pouvoir se réunir à l'ordre des avocats*, pour solliciter, en faveur de l'accusé, la décharge d'un décret dont l'innocence avait droit de s'alarmer. Par arrêt du 17 août 1765, conforme aux conclusions de ce magistrat, la cour déchargea l'avocat d'Aurillac des accusations contre lui intentées à la requête du conseiller.

La magistrature était alors l'amie et la protectrice de l'ordre des avocats, qui, de leur côté, l'avaient portée au plus haut degré de confiance et de respect dans l'esprit des peuples, et qui, dans toutes les occasions difficiles, faisaient cause commune avec elle, et la soutenaient dans l'opinion publique avec une force presque invincible contre le despotisme et les attaques des ministres, aux injustices desquels elle avait alors le courage de résister.

Que les temps sont changés! L'usurpateur de toute puissance et de toutes nos libertés voulut aussi détruire la noble indépendance des avocats, si justement et si éloquemment célébrée par le grand chancelier d'Aguesseau. Un décret injuste et humiliant la leur ravit, et les plongea dans cet état de dépression que, depuis quelques années, on saisit toutes les occasions d'aggraver et de leur faire sentir. Il n'est aujourd'hui mince conseiller ou membre d'un parquet, à peine sorti des bancs de l'école, qui ne croie s'honorer en les harcelant à la seule apparence du tort le plus léger, sans égard, sans respect pour des réputations acquises par de longs services et par une vie sans reproche. Qu'en est-il arrivé? La magistrature a-t-elle recouvré l'estime et la confiance publiques?

(1) *Voy.* Duparc-Poullain, t. 9, p. 381.

(2) Ainsi jugé par arrêt de la cour de Paris du 10 mars 1809; Dalloz, v° *Témoin*, n° 121.

regardé comme permis, il est même prudent, avant d'appeler un témoin, de s'enquérir de lui s'il a connaissance des faits, et ce qu'il en sait. Cette information, nécessaire pour ne pas appeler des témoins inutiles, n'a rien par elle-même qui puisse faire naître un soupçon raisonnable contre sa véracité.

On ne peut encore considérer comme un certificat la signature des témoins qui ont assisté à un acte sous seing privé, qu'ils ont souscrit, auquel ils n'ont point intérêt, et qui sont ensuite appelés comme témoins dans l'instance en vérification d'écriture.

Les juges, au reste, ont la plus grande latitude de pouvoir pour décider ce qu'on doit ou non considérer comme un certificat, puisque, ainsi que nous l'avons vu, nos 296 et suivants, ils ne sont pas obligés d'admettre, et qu'ils peuvent, au contraire, rejeter, suivant les circonstances, les moyens de reproches indiqués dans l'art. 283 du Code (1).

308. Un certificat donné devant notaire, à la réquisition de celui qui est, dans la suite, appelé en témoignage sur les mêmes faits, n'a pas moins de force pour fonder un reproche qu'un certificat sous seing privé, quoique, par un arrêt rendu le 10 messidor an x, et, par conséquent, antérieur à la promulgation du Code de procédure, la cour de Rennes ait jugé qu'une déclaration des faits devant notaire, n'étant pas au nombre des reproches établis par l'ordonnance de 1667, ne pouvait être présumée l'effet de la suggestion, mais d'une erreur dans le mode de constater les faits.

309. Mais il est évident qu'on ne peut assimiler à ceux qui auraient donné des certificats, sur des faits relatifs au procès, dans l'objet et dans le sens de l'art. 283, ni le notaire qui a reçu un contrat, ni les témoins instrumentaires.

Ils accomplissent un ministère non-seulement avoué par la loi, mais, de plus, nécessaire pour donner l'authenticité aux actes. C'est pour cela qu'ils sont appelés, et non pour donner un certificat sur les faits d'un procès qu'on était loin de prévoir au moment où le contrat a été passé. On ne peut donc assimiler cet acte à un certificat donné sur un procès. Ainsi l'a décidé la cour de cassation, par un arrêt du 23 novembre 1812, rendu dans l'affaire du juif Aaron Feist Salomon, dont nous avons déjà parlé *supra*, no 293.

Cet arrêt décida : 1° que les signatures des notaires et des témoins instrumentaires, qui souscrivent des actes, ne peuvent être assimilées aux certificats donnés sur les faits d'un procès; certificats que l'art. 283 du Code de procédure met au nombre des reproches généraux qu'il indique.

2° Que les qualités des notaires et des témoins instrumentaires n'étant point au nombre des motifs généraux de reproches indiqués par le même article, on ne peut, uniquement sur ces qualités, rejeter leurs témoignages, sans violer la loi, en admettant un motif de reproche général qu'elle n'a pas créé.

Prenons donc pour constant que, lorsqu'il s'agit de prouver par témoins des faits relatifs à des actes notariés, dans les cas où la preuve testimoniale est admissible, les notaires et les témoins instrumentaires peuvent et doivent être admis en témoignage, ainsi que toute autre personne, à moins qu'il n'existe, indépendamment de leurs qualités, quelque motif de reproche particulier, capable de les faire écarter (2).

310. Mais quel doit être l'effet ou la force de leurs dépositions? C'est une autre question fort importante. Nulle difficulté, lorsque les faits qu'il s'agit de prouver n'ont rien de contraire à ceux qui sont attestés dans l'acte, et qu'ils peuvent se concilier avec ceux-ci. La déposition des notaires et des témoins instrumentaires doit avoir, en ce cas, la même force que celle de toute autre personne, contre laquelle il n'existe aucun moyen de reproche légitime, et cela, quand même leur déposition tendrait à détruire ce même acte qu'ils ont concouru à rendre authentique. Par exemple, si le contrat était attaqué pour cause de dol ou de fraude, de violence ou de crainte, et que les faits qui caractérisent le dol ou la crainte ne soient venus à la connaissance du notaire et des témoins instrumentaires que postérieurement à l'acte, nul doute qu'en ce cas leur témoignage ne puisse suffire pour faire rescinder le contrat; car alors ce n'est pas l'acte qui est attaqué, c'est la convention qu'il contient.

Leur témoignage suffirait encore, s'il s'agissait de prouver que la somme qui, dans l'acte, est dite comptée et numérée en présence du notaire et des témoins, ne l'a été que fictivement, et qu'elle a été ensuite rendue à celui qui l'avait comptée. La déposition du notaire et des témoins instrumentaires, qui auraient connaissance de ce fait, mériterait une confiance égale à celle de toute autre personne; car leur foi n'est point compromise, leur témoignage peut également contenir la vérité, et quand ils ont attesté que la somme avait été comptée en leur présence, et quand ils attestent que depuis elle a été remise à celui qui l'a comptée.

311. Mais si la déposition du notaire et des témoins instrumentaires se trouvait en contradiction avec les faits dont ils ont attesté la vérité

(1) *Voy.* Berriat, *ubi supra;* Carré, no 1114; Hautefeuille, page 157; Orléans, 20 février 1821, et Dalloz, vo *Témoin*, no 126.

(2) Berriat, sur l'art. 283, note 6; Carré, sur ce même article; arrêt de cassation du 23 novembre 1812; Dalloz, vo *Témoin*, no 129.

dans l'acte; si l'acte était attaqué par la voie du faux principal ou incident, il nous paraît qu'il faut distinguer.

Si le faux reproché à l'acte public n'implique, dans l'accusation, ni le notaire, ni les témoins instrumentaires, leur témoignage ne peut être suspect. Par exemple, un notaire trop confiant reçoit un acte dans lequel un débiteur fait intervenir, sous le faux nom de son créancier (1), une personne qui reconnaît avoir reçu la somme due, et qui en consent quittance. Le notaire et les témoins instrumentaires découvrent ensuite qu'ils ont été trompés, et s'en plaignent; le véritable créancier s'inscrit en faux contre la quittance, et fait appeler en témoignage le notaire et les témoins instrumentaires de l'acte, qui, comme nous l'avons vu, ne peuvent être récusés à raison de cette seule qualité. Leur déposition, lorsque d'ailleurs elle ne présente rien de suspect, peut former une preuve complète (2) contre le débiteur de mauvaise foi, et contre le faux créancier, son complice. Le notaire et les témoins instrumentaires sont même, le plus souvent, les seuls témoins qui aient, en pareil cas, une connaissance personnelle des faits, et qui puissent en déposer *de visu*.

Si, au contraire, les moyens de faux impliquaient également les notaires et les témoins instrumentaires; s'ils étaient tels qu'on pût leur dire : Vous mentiez alors, ou vous mentez aujourd'hui; par exemple, si le plaignant soutenait que les témoins instrumentaires n'ont pas assisté à la confection entière de l'acte, ou n'y ont pas assisté du tout, quoiqu'ils l'aient signé de confiance : la question de savoir si ce fait peut être prouvé par la seule déposition du notaire et des témoins a été souvent agitée tant dans l'ancienne que dans la nouvelle législation, et les opinions ne paraissent pas encore entièrement fixées.

On dit, d'un côté (3), que l'acte authentique, une fois parfait par la signature des notaires et des témoins, fait pleine foi en justice; que ce principe a été établi pour le bien de la société en général, pour donner de la stabilité aux transactions passées entre les hommes. Il est donc de l'intérêt public que le sort des actes soit invariable; qu'il ne puisse dépendre de la séduction de ceux-là mêmes qui, après leur avoir donné la forme authentique, en qualité de personnes publiques, seraient les maîtres de les anéantir par des déclarations ou dépositions contraires, données comme personnes privées. Quelle confiance pourrait-on accorder à ces nouveaux témoignages? Le ministère des notaires et l'assistance des témoins sont requis dans un acte authentique, afin qu'ils puissent certifier que chaque disposition, chaque clause qu'il renferme, quoique non écrite de la main des contractants, n'a cependant été que la pure et simple expression de leur volonté; que chacune des formalités prescrites et référées a réellement été observée; enfin que l'acte a été signé par toutes les parties, ou du moins par celles qui savent signer, et par les notaires et les témoins, en présence les uns des autres.

Telle est l'étendue du témoignage qu'ils rendent solennellement par leur signature. Tels sont les faits qu'ils attestent au public et à la justice, et dont ils garantissent la vérité par leur signature.

S'ils déclarent ensuite que la teneur de l'acte n'est pas conforme à la convention, que les faits qui y sont attestés ne sont pas véritables, qu'ils n'étaient pas présents, etc., etc., on ne saurait les croire, parce que leur foi est engagée

---

(1) Cet exemple est emprunté du président Favre. *Voyez* aussi Merlin, *Questions de droit*, v° *Faux*, § 2.

(2) Le président Favre ne le pensait pas; nous verrons bientôt si son opinion doit être aujourd'hui suivie. Voici comme il s'exprime dans son *Code*, lib. 2, tit. 16, defin. 11 :

« Confessio notarii falsum esse instrumentum confitentis, non nocet contractantibus, nisi aliæ sint probationes, et quales esse debeant.

» Notario dicenti falsum a se confectum instrumentum, propter suppositam a debitore dolo personam falsi creditoris, qui pecuniam sibi solutam profiteretur, non usque adeo creditur, ut statim falsum dici debeat instrumentum, quamvis id ex fide et persona notarii præcipuas vires accipiat, sive notarius turpitudinem suam alleget, quod evenit si dolum a se participatum fateatur, sive censetur facilitatem suam debitoris dolo circumventam esse.

» Fides enim illa publica quam instrumentum semel habere cœpit, non ita facile labefactari potest, in præjudicium ejus qui instrumento nititur, præsertim cum ex eo crimen falsi contra producentem inducatur. Nam si non auditur perire volens, multo minus audietur, qui id agit ut ipse et alius pereant.

» Ergo alias probationes ad falsum probandum conquiri oportebit, inter quas præcipua erit si is, qui suppositus fuisse dicitur, id ipsum quoque fateatur; quod si testes instrumentarii consentiant, tum vero nullus ambiguo ti locus relinquitur, etc. »

Mais ce que dit ici le docte président n'est relatif qu'au civil; il fait, au titre *ad legem Corneliam de falsis*, une distinction importante :

« Debet plus credi notario et publico instrumento quam testibus instrumentariis, adversus notarii et instrumenti fidem testificantibus, quamdiu instrumenti fides solemni falsi accusatione non labefactatur. Sed, post institutam accusationem, solemnemque inscriptionem, cum vix nisi per testes falsitas probari possit, magis est ut testibus instrumentariis quam notario, vel instrumento credatur, si vel omnes vel majori ex parte ab instrumenti scriptura dissentiant. »

Voy. aussi Mathieu, sur la 304e question de Guypape; Vedel, sur Catellan, liv. 2, chap. 10; Marc, *Decisiones parlamenti Delphinalis*, quæst. 500, fol. 65, v° *Per testes instrumentarios potest probari falsitas vere et directe*.

(3) *Voy.* les conclusions données par l'avocat général Séguier, lesquelles déterminèrent l'arrêt rendu par le parlement de Paris le .. fevrier 1786, rapporté dans la nouvelle collection de jurisprudence, connue sous le nom de *Nouveau Denisart*, v° *Faux principal*, § 12.

d'avance par leurs signatures, qui démentent perpétuellement leurs déclarations. Ainsi, lorsqu'un acte est argué de faux, on ne peut avoir égard aux seules dépositions des notaires et des témoins. Si elles sont conformes à leur premier témoignage, elles n'y ajoutent aucune force : elles ne l'ébranlent point, si elles sont contraires : la justice indignée voit évidemment en eux des imposteurs; il ne reste, à cet égard, d'autre incertitude que celle de savoir si c'est dans le moment actuel ou dans l'époque précédente qu'ils ont menti. Cette incertitude même fait que la justice ne peut prononcer la fausseté de l'acte, sur la foi de ces hommes vils, parce que c'est peut-être en disant que l'acte est faux qu'ils commettent le mensonge. Ainsi, leurs témoignages se trouvent insuffisants pour détruire l'acte : il reste dans toute sa force.

Et s'il fallait choisir entre leurs témoignages, il y a une grande différence entre la foi due au notaire et aux témoins qui signent un acte comme revêtus d'un caractère légal, comme exerçant une fonction publique, et celle qu'on peut ajouter à ce qu'ils déposent même en justice, après qu'ils sont redevenus personnes privées.

La loi ne permet pas de douter de ce qu'ils attestent dans la première qualité; elle ordonne d'y avoir confiance jusqu'à ce que l'acte soit déclaré faux, au lieu qu'elle recommande au magistrat de mesurer la confiance qu'il donnera au témoin qui dépose, sur ses mœurs, sur ses qualités personnelles, etc. Or, quelle idée présente de lui-même le notaire ou le témoin qui vient démentir le contenu de l'acte qu'il a signé? Quelle confiance peut-il mériter?

On dit, d'un autre côté, qu'il ne faut pas abuser de la maxime que la foi est due aux actes, et qu'il ne faut pas recevoir les déclarations des officiers publics, lorsqu'elles sont contraires à leurs actes. Cette maxime est véritable pourvu qu'elle soit renfermée dans ses bornes légitimes.

Il est d'abord très-difficile, souvent impossible de prouver ce qui se passe lors de la rédaction d'un acte, autrement que par les déclarations et confessions des notaires et des témoins; la nécessité force donc d'y ajouter foi, à moins qu'on ne veuille rendre comme impossible la preuve des prévarications trop fréquentes des notaires.

L'intérêt public, la faveur des actes, sont des considérations puissantes. Il est vrai qu'il importe à la société que les actes ne soient pas légèrement détruits. Mais plus leur autorité est grande, plus il est intéressant que le faux, dont ils peuvent être infectés, soit découvert et puni. Refuser d'entendre les témoins instrumentaires, ce serait rendre la preuve du crime impossible.

Lorsqu'un notaire, lorsque des témoins ne peuvent ignorer que leur témoignage les compromet, peut-on craindre qu'ils soient séduits ou corrompus? Ils voient le danger de leurs déclarations; ils savent que leurs confessions, en décidant du droit d'un tiers, les jugent eux-mêmes. Il n'est donc point à craindre qu'ils mettent à prix leur état, leur fortune, leur honneur et leur liberté.

Lorsqu'un notaire, ou autre personne publique, accusé de faux, comparaît devant le juge, et que, pressé par la force de la vérité, il avoue son crime, qui peut douter que sa confession soit d'un grand poids? Il ne peut faire un pareil aveu sans se déclarer faussaire, sans s'exposer à la peine des fers. Or, qui peut se persuader qu'un homme soit capable de s'accuser faussement d'un crime qui mérite les fers?

La force de la vérité, les remords de la conscience, l'espérance de prévenir ou d'adoucir une condamnation rigoureuse par un aveu sincère de sa faute, toutes ces considérations peuvent déterminer un coupable à se déférer lui-même au tribunal de la justice : on en a vu des exemples, et quoiqu'ils soient fort rares, il n'est pas impossible d'en trouver encore.

Mais peut-on concevoir qu'un innocent renonce tout d'un coup aux avantages de la gloire de l'innocence, qu'il se détermine à passer pour coupable, qu'il emprunte les apparences du crime, et qu'il aille au-devant d'une peine qu'il n'a pas méritée?

L'imposture peut bien aller jusqu'à imiter la vertu : mais que l'innocence puisse affecter de paraître coupable d'un crime que l'on n'a point commis, c'est ce qui n'a pas encore eu d'exemple; le crime n'a pu jusqu'à présent acquérir, comme la vertu, le privilége de faire au moins des hypocrites.

Pour pouvoir donc détruire une présomption si fortement gravée dans l'esprit de tous les hommes, il faudrait prouver que celui qui a fait de pareilles déclarations est dans une démence, dans une extravagance complète.

Quelque fortes que soient ces considérations, exposées par le chancelier d'Aguesseau (1), il n'en pose pas moins en principe que la confession du coupable, de la personne publique accusée de faux, ne suffit point seule et par elle-même, pour prouver l'existence du crime : *Non auditur perire volens;* et si cela est vrai, lorsque l'accusé qui s'avoue coupable est seul intéressé dans le jugement qu'il doit subir, combien cette maxime ne doit-elle pas avoir plus de force lorsqu'à la condamnation des prétendus coupables est lié le sort d'un acte qui intéresse d'autres parties!

Mais ces confessions, mais ces témoignages, joints à d'autres arguments, appuyés par les *présomptions générales*, ou particulières, que font naître les circonstances, les faits déjà prouvés avec lesquels ils s'accordent, soutenus surtout par d'autres témoignages, forment, dans

(1) Tome 4 de ses Œuvres, page 185.

l'esprit des juges, la plus forte, la plus parfaite conviction. Ce serait fermer les yeux à la vérité que de refuser son acquiescement à des preuves qui font une si forte impression sur l'esprit des hommes.

Voici donc le principe général, suivi sous l'ancienne jurisprudence.

Toutes les fois qu'un acte est attaqué par la voie du faux incident, ou du faux principal, il est nécessaire d'entendre les dépositions ou les interrogatoires des témoins instrumentaires et du notaire, pour tirer de leur témoignage des lumières sur l'existence ou la non-existence du délit (1).

Mais leur témoignage ne suffit pas seul pour faire déclarer l'acte faux (2). Il ne suffit pas que les témoins, et même le notaire, se reconnaissent faussaires; il faut qu'ils en soient convaincus, c'est-à-dire que les preuves distinctes de leur propre témoignage se réunissent à leur aveu, et que leur confession complète une preuve qu'elle ne peut jamais faire seule, même lorsque leurs témoignages sont unanimes; à plus forte raison, lorsqu'ils ne le sont pas; quand par exemple, ce qui est le cas le plus ordinaire, le notaire persiste à soutenir la véracité de l'acte contre les témoins instrumentaires qui le déclarent faux. Une suite d'arrêts conformes, rendus par les parlements de Paris, de Dijon, etc., ont constamment jugé que les dépositions des témoins instrumentaires, quoique appuyées des bruits qu'ils avaient semés dans le public, ne suffisaient pas, sans autres preuves, sans autres témoignages, pour faire déclarer l'acte faux; et lorsqu'il n'existait pas d'autres preuves, les notaires accusés ont toujours été renvoyés absous, avec dommages et intérêts (3).

312. Mais cette ancienne jurisprudence, qui, même autrefois, éprouvait des contradictions, ne peut plus être une règle sous l'empire de nos lois nouvelles. Il paraît certain qu'aujourd'hui les dépositions, ou les confessions des notaires et des témoins instrumentaires peuvent, suivant les circonstances, être suffisantes pour faire déclarer un acte faux (4); comme aussi les dépositions ou déclarations des témoins instrumentaires pourraient suffire pour faire condamner comme faussaire le notaire qui les aurait surpris et fait un faux dans un testament ou dans un autre acte.

Il suffit, pour s'en convaincre, de considérer notre manière actuelle de procéder dans le jugement du faux, et nos principes sur la preuve testimoniale et sur les présomptions. Le faux en écriture publique est un crime que la loi punit d'une peine afflictive (5). On le distingue, quant à la nature des poursuites qu'il détermine, en faux principal et en faux incident.

Le faux principal est celui qui se poursuit à la requête du ministère public, par action principale, et non à l'occasion d'un procès déjà existant. S'il se trouve des indices suffisants contre le prévenu, il est mis en accusation, suivant les règles prescrites par le Code d'instruction criminelle, et le jugement est renvoyé à la cour d'assises.

Le faux incident est celui qui se découvre à l'occasion d'une procédure civile ou criminelle dans le cours de laquelle a été signifiée, communiquée ou produite une pièce fausse ou falsifiée.

S'il se trouve des indices suffisants sur la personne prévenue d'avoir commis le faux, d'en être complice, ou d'en avoir sciemment fait usage, et que cette personne soit vivante, et la poursuite du crime non éteinte par la prescription, l'accusation est suivie criminellement dans les formes prescrites et le jugement renvoyé à la cour d'assises (6), et soumis au jury.

Dans le cas contraire, c'est-à-dire si l'auteur du faux est inconnu, décédé, ou la poursuite du crime éteinte par la prescription, l'incident est suivi devant le tribunal civil saisi de l'affaire, conformément aux règles prescrites par le Code de procédure civile. (Art. 214 et suiv.)

Ainsi, toutes les fois que le complice du faux est connu, et dans le cas d'être poursuivi, le jugement est déféré à la cour d'assises, et soumis à la déclaration du jury.

Or, c'est une maxime élémentaire et fondamentale en cette matière, que les jurés ne sont astreints à aucunes règles, d'où ils doivent faire dépendre la plénitude et la suffisance d'une preuve. L'instruction que leur donne l'art. 342 du Code d'instruction criminelle est précise sur ce point.

« La loi ne demande pas compte aux jurés
» des moyens par lesquels ils se sont convain-
» cus; elle ne leur prescrit point de règles des-
» quelles ils doivent faire particulièrement dé-

(1) D'Aguesseau, tome 9, pages 116 et 120; les arrêts rapportés par Serpillon, *Code du Faux*, p. 428 et suiv., et les autorités qu'il cite; les *Quest. de droit* de Merlin, v° *Témoin*, § 3; le *Répertoire*, v° *Témoin instrumentaire*, § 2, n° 7, et les autorités qu'il cite, surtout l'arrêt de la cour de cassation du 1er avril 1808.

(2) Bruxelles, 25 mai 1836 (*Jur. de Belgique*, 1837, page 545).

(3) *Voy.* Serpillon, les *Questions de droit* et le *Répertoire*, *ubi supra*. Les arrêts les plus récents sont celui du parlement de Paris du 16 juin 1745, rapporté dans le *Journal de jurisprudence* de Bouillian, juin 1764, dans le *Répertoire*; celui du 31 août 1779, rapporté dans le *Nouveau Denisart*, v° *Faux principal*, § 12, n° 3; et celui du mois de février 1786, rapporté *ibid.*, n° 4, avec les conclusions de l'avocat général Séguier.

(4) Dans l'appréciation de leurs témoignages, le juge doit agir avec beaucoup de circonspection. (Bruxelles, 16 mars 1833.)

(5) Code pénal, art. 145 et suiv.

(6) Art. 460 et 462 du Code d'instruction criminelle, et 239 du Code de procédure civile.

» pendre la plénitude et la suffisance d'une preuve; » elle leur prescrit de s'interroger eux-mêmes » dans le silence et le recueillement, et de chercher, dans la sincérité de leur conscience, » quelle impression ont faite sur leur raison les » preuves rapportées contre l'accusé, et les » moyens de sa défense. La loi ne leur dit point: » *Vous tiendrez pour vrai tout fait attesté par* » *tel ou tel nombre de témoins;* elle ne leur dit » pas non plus : *Vous ne regarderez pas comme* » *suffisamment établie toute preuve qui ne sera* » *pas formée de tel procès-verbal, de telles pièces,* » *de tant de témoins ou de tant d'indices;* elle ne » leur fait que cette seule question, qui renferme » toute la mesure de leurs devoirs : *Avez-vous* » *une intime conviction?* »

Ainsi, toutes les fois que le faux est poursuivi criminellement, et jugé par les cours d'assises, sur la déclaration du jury, il n'est pas douteux que les confessions, ou les dépositions des témoins instrumentaires et du notaire, ne puissent, suivant les circonstances, suffire pour faire déclarer l'acte faux et condamner le faussaire.

D'un autre côté, il n'est pas moins certain que, dans les principes du Code, ces mêmes confessions ou dépositions peuvent, suivant les circonstances, suffire pour faire déclarer un acte faux, lorsque l'auteur du faux ni ses complices n'étant pas connus, l'affaire est jugée par les tribunaux civils, dans la forme prescrite par le Code de procédure(1), puisque l'art. 1353 du Code civil permet aux magistrats de fonder leur jugement sur des présomptions, dans tous les cas où la loi admet la preuve testimoniale, ainsi que dans les cas où l'acte est attaqué, pour cause de fraude ou de dol; il leur recommande seulement de n'admettre que des présomptions *graves, précises et concordantes*. Or on n'en peut trouver de plus graves, de plus précises, que la déclaration du notaire ou des témoins instrumentaires. Quand de semblables déclarations sont appuyées par d'autres circonstances, disait d'Aguesseau, t. 4, pages 187 et 188, ce serait fermer les yeux à la vérité, que de refuser son acquiescement à un témoignage que les présomptions générales et particulières fortifient également. Tant que l'acte n'est point attaqué comme faux, dit le président Favre, la foi qui lui est due l'emporte sur la déclaration des témoins instrumentaires; mais après l'inscription de faux, la déclaration des témoins instrumentaires l'emporte sur la foi due à l'acte et au notaire; car il est presque impossible de prouver autrement le faux. *Vide supra*, n° 310.

Il en est de même de la fraude et du dol, que l'art. 1353 permet de prouver par des présomptions. Les jurisconsultes allemands, le savant Boehmer entre autres (2), enseignent que, dans ces cas, les témoins instrumentaires doivent être entendus, lorsque la teneur de l'acte est révoquée en doute; par exemple, lorsqu'il s'agit de prouver que le testateur, au moment où le testament a été fait, était déjà dans un état d'agonie qui ne lui laissait pas l'entier et libre usage de sa raison, ou, comme dit notre art. 901, qu'il n'était pas sain d'esprit. Cet auteur ajoute qu'il n'est pas douteux qu'il faille en croire ces témoins, si leur déposition est circonstanciée, *si certam suæ scientiæ rationem reddant* (3).

Supposons encore qu'après avoir frauduleusement écrit, d'une manière contraire à ce qui a été convenu ou dicté, le notaire, en donnant lecture de l'acte, rétablisse la disposition ou la stipulation telle qu'elle a été dictée ou convenue; le prix d'une vente était convenu à 30,000 francs, il écrit 20,000 francs, et lit 30,000 francs; Paul était nommé légataire universel, le notaire écrit le nom de Pierre, et lit celui de Paul. Comment prouver de pareilles fraudes, autrement que par la déclaration des témoins instrumentaires, qui affirment qu'ils ont distinctement entendu dicter le nom de Paul par le testateur, et lire le même nom par le notaire, quoique celui de Pierre soit écrit dans l'acte; ou qu'ils ont une parfaite connaissance et qu'ils se souviennent que les parties sont convenues de la somme de 30,000 francs, pour prix de la vente, et non de 20,000 francs, comme il est écrit dans l'acte?

313. Boehmer pense encore que le notaire et les témoins instrumentaires doivent être entendus, et que leur témoignage fait foi, lorsqu'un contrat est attaqué pour vice d'impignoration, c'est-à-dire lorsqu'un prêt usuraire a été déguisé sous la forme d'une vente, avec la faculté de rachat.

Notre ancienne législation proscrivait absolument le prêt à intérêt, même au taux légal. C'était, dans les principes du temps, une véritable usure, considérée comme un délit. Pour éluder la loi, et pour donner en même temps un gage au prêteur, on déguisait le prêt usuraire sous la forme d'une vente à réméré. Le contrat portait, par exemple, que Pierre avait vendu à Paul, avec faculté de rachat, le fonds Cornélien, pour une somme de 30,000 fr. payée comptant. Il est évident qu'un tel acte n'était qu'une antichrèse, sous la forme d'un contrat de vente : on l'appelait autrefois *contrat pignoratif;* ce contrat

(1) Bruxelles, 11 février 1820; Liége, 3 janvier 1827 (*Pasicrisie belge*, à ces dates).

(2) *Exercitationes ad Pandectas*. Exercit. 65, ad lib. 22, tit. 2 : *De Collisione testium et documentorum inter se*, cap. 2, n° 16.

(3) Il pense que c'est à ces cas et autres semblables qu'il faut appliquer la novelle 73, cap. 3, où Justinien dit : « Existimavimus ea quæ viva dicuntur voce, et cum jurejurando, hæc digniora fide quam scripturam ipsam secundum se subsistere. Verum tamen sit hoc judicantis prudentiæ, simul atque religionis, ut veracibus potius pro talibus credat. »

donnait lieu à une foule de questions. Depuis que le prêt à intérêt a été permis, et surtout pendant que le taux de l'intérêt a été illimité, ce contrat a cessé d'être en usage.

Mais il est vraisemblable que, sous l'empire de la loi du 7 septembre 1807 (1), qui fixe le taux de l'intérêt conventionnel à cinq pour cent en matière civile, on verra renaître l'usage du contrat pignoratif, en faveur des usuriers honteux, qui désirent ménager leur réputation, et se mettre à l'abri de la restitution de ce qui excède le taux licite de l'intérêt. Alors la preuve testimoniale du vice d'impignoration pourra, sans contredit, être reçue, comme autrefois, puisque l'usure peut encore aujourd'hui être prouvée par témoins, et, par conséquent, par des présomptions graves, précises et concordantes.

Le notaire et les témoins instrumentaires pourront donc être entendus sur le vice d'impignoration, puisque, comme nous l'avons vu, leur qualité n'est point un moyen suffisant de reproche. Leur témoignage devra d'autant moins être écarté, il sera d'autant plus croyable, qu'ils ne courent aucun risque d'être compromis. Dans la rédaction de la minute d'un acte, le notaire n'est que le secrétaire des parties. Il doit se borner à rendre leur volonté fidèlement et avec clarté, en un mot, à rédiger la convention de la manière qu'elles l'ont voulu : en cela il ne commet aucun faux. Il ne lui est pas défendu de recevoir ou rédiger un acte dans lequel les parties ont voulu déguiser un contrat sous la forme d'un autre ; il suffit que les parties l'aient ainsi voulu et qu'il n'ait pas connaissance que ce soit au préjudice d'un tiers; car alors il deviendrait complice de la fraude.

Si, dans la suite, il est interrogé par la justice sur la véritable intention des parties, sur le fait de savoir s'il n'y a pas, dans l'acte qu'il a reçu, déguisement d'un contrat sous la forme d'un autre, il doit dire la vérité lorsqu'il la sait. Il n'est point en contradiction avec l'acte qu'il a rédigé et souscrit, car il n'y atteste point que la vente n'est pas un contrat déguisé, mais seulement que l'une des parties lui a déclaré vendre, l'autre acheter telle chose, à tel prix, à telles conditions.

314. Le quatrième motif de reproche général, indiqué dans la seconde partie de l'art. 283, est la qualité de *serviteur* et *domestique*.

Ces deux expressions ne sont point synonymes. Les serviteurs sont les personnes à gages chargées de quelque service dans la maison du père de famille; mais on peut être domestique, sans être serviteur, lorsqu'on demeure dans la maison du père de famille, et qu'on mange avec lui.

Il y a des auteurs qui n'appliquent le mot *domestique* qu'à ceux qui, sans être réduits à l'état de serviteurs ordinaires, sont néanmoins aux gages de la partie chez laquelle ils demeurent, un secrétaire par exemple.

D'autres, en appliquant ce mot à ceux qui demeurent et mangent ensemble, exigent qu'il y ait de la supériorité et de la dépendance de l'un à l'autre.

Cette dernière acception du mot *domestique* paraît la plus convenable en matière de reproches. Elle se rapporte aux principes du droit romain, qui excluait du droit de témoignage tous ceux à qui on pouvait commander d'être témoins, *quibus imperari potest ut testes fiant* (L. 6, ff. *de test.*, 22, 5) : *domestici testimonii fides improbatur.* (L. 3, Cod., 4, 20.)

Au reste, il est inutile de s'arrêter plus longtemps sur ce point; car les tribunaux ayant, comme nous l'avons vu, le pouvoir d'admettre ou de rejeter, suivant les circonstances, les motifs généraux de reproches, indiqués dans l'art. 283 du Code de procédure, on ne peut leur refuser la faculté d'étendre ou de resserrer, aussi suivant les circonstances, l'acception du mot *domestique* (2).

---

(1) Quant à la loi du 7 septembre 1807, voyez *supra*, nº 193.

(2) La jurisprudence a fixé quelques points importants qu'on nous saura gré de reproduire.

La déposition d'un témoin reconnu être le domestique à gages de l'une des parties, et entendu dans une enquête civile quoique reproché par l'autre partie, doit être rejetée, à peine de nullité du jugement qui l'a admise. A cet égard, il n'y a pas à distinguer en ce que le fait se serait passé à la campagne, alors que ce fait n'a d'ailleurs pas eu lieu dans l'intérieur d'une maison, ou ne se rattache pas à une action où de tels témoins peuvent être entendus, mais est au contraire relatif à la possession d'un fossé. (Cass., 8 fév. 1830.)

Néanmoins, les serviteurs, les domestiques, doivent, lorsqu'il s'agit de soustraction, être entendus comme témoins nécessaires. (Rennes, 1er août 1816.)

Un témoin ne peut se dispenser de déposer dans une enquête, sous prétexte qu'il était, à l'époque où s'est passé le fait sur lequel porte l'enquête, le commis ou le fondé de pouvoirs de l'une des parties. (Aix, 24 avril 1826.)

Ne saurait être considéré comme serviteur à gages, et, en cette qualité, reproché pour témoin, le précepteur ou l'instituteur des enfants de l'une des parties. (Riom, 28 nov. 1828.)

De même un témoin ne peut pas être reproché comme domestique de la partie, lorsqu'en travaillant chez elle il n'en reçoit ni le logement ni la nourriture. (Colmar, 23 fév. 1824.)

Comme aussi la qualité de serviteur supposant en même temps la domesticité et la dépendance d'un maître, on ne peut pas dire qu'un ouvrier, qui exerce une profession quelconque, en travaillant pour le public, soit le serviteur, dans le sens de l'art. 283 du Code de procédure, de ceux qui l'emploient.

Toutefois, la cour de Bruxelles a jugé, le 29 avril 1830, que le témoin qui travaille *habituellement* comme *journalier* chez la partie qui veut le faire entendre dans une enquête, peut être rangé dans la classe des domestiques et reproché en cette qualité.

D'ailleurs les serviteurs et domestiques ne sont reprochables qu'à raison du danger de subornation et de partialité que fait naître l'influence qu'a sur eux celui au

La cour royale de Rennes, par un arrêt rendu dans la première chambre, le 1er août 1816, a jugé que si la loi permet de reprocher les serviteurs et domestiques, elle laisse aux juges la faculté d'admettre ou de rejeter, suivant les circonstances, les reproches proposés.

315. Le cinquième et dernier motif de reproche, indiqué dans l'art. 283, concerne le témoin *en état d'accusation*, *et celui qui aura été condamné à une peine afflictive ou infamante, ou même à une peine correctionnelle pour cause de vol.*

Ces deux points ne méritent pas d'explication ; le Code de procédure ne fait ici que fixer le sens des dispositions du droit romain et de l'ancien droit français, sur les témoins repris de justice.

316. Les prohibitions absolues d'admettre certaines personnes à déposer, telles que tous les parents et alliés au huitième degré en collatérale, etc., mettaient les parties dans l'impossibilité de se procurer des preuves dans les cas où il n'existait d'autres témoins du fait en question que les personnes exclues du droit de témoignage par une disposition formelle de la loi. Il en était arrivé que la pratique (1) avait introduit des exceptions à ces prohibitions dans les cas de nécessité : on admettait alors, comme témoins nécessaires, même les personnes exclues du droit de témoignage. On trouve la source de ces exceptions dans le droit romain, qui excluait du droit de témoignage les serviteurs à gages, et à plus forte raison les esclaves; néanmoins, la loi 8, § 6, Cod., *de repudiis*, 5, 17, permettait de les entendre à défaut d'autres preuves, *si aliâ documenta defecerint*, lorsqu'il s'agissait de prouver des faits domestiques, tels que les faits d'adultère, les voies de fait, les mauvais traitements de l'un des époux, *super plagis... ab alterutro illatis. Voyez* Godefroy et Mornac, sur cette loi.

La raison en est qu'il est difficile de prouver autrement ce qui se passe dans l'intérieur d'une maison, *quoniam non facile, quæ domi geruntur, per alienos confiteri possunt.*

Les docteurs et les praticiens adoptèrent cette décision, et l'appliquèrent à différents cas. Le Code Léopold (2), qui tenait lieu en Lorraine des ordonnances de 1667 et 1670, autorisait formellement ces exceptions en matière criminelle. L'article 5, titre 4, porte : « Les parents » ou alliés de l'accusateur ou de l'accusé, en » ligne directe, en quelque degré que ce soit, » ne seront reçus pour témoins, non plus qu'en » ligne collatérale, jusqu'aux enfants des cou- » sins issus de germain inclusivement, sauf » aux juges, dans des occasions importantes, » d'entendre les parents et alliés au degré ci- » dessus de ligne collatérale, ensemble des do- » mestiques de l'accusateur ou de l'accusé » *comme témoins nécessaires*, dans les crimes » occultes, lorsqu'il y aura défaut d'autres preu- » ves, ce que nous laissons à leur honneur et » conscience, et sauf à avoir à leurs dépositions » tel égard que de raison. »

Cette doctrine des témoins nécessaires ne manquait pas de raison sous l'empire de l'ordonnance de 1667, qui avait à l'excès étendu les exclusions absolues du droit de témoignage, pour cause de parenté ou d'alliance. Elle est peu importante sous l'empire du Code, qui a converti presque toutes les exclusions en de simples motifs de reproches, que le juge peut, suivant les circonstances, rejeter ou admettre. L'impossibilité où peut se trouver l'une des parties de se procurer d'autres témoins rendra, sans doute, les juges plus réservés à admettre les reproches qui n'auront point d'autre fondement que l'indication générale de la loi.

Mais la nécessité ne les autoriserait pas à faire entendre les parents ou alliés en ligne directe, ni les conjoints, contre la prohibition de l'art. 268 du Code de procédure.

317. Cette loi, non plus que le Code civil, ne détermine point le nombre de témoins nécessaires pour former une preuve. On sait qu'autrefois il en fallait au moins deux: *ubi numerus testium non adjicitur, etiam duo sufficiunt.* (L. 12, ff. *de testibus*, 22, 5.) Un seul ne suffisait pas, quelque élevé qu'il fût en dignité, *etiam si præclaræ curiæ honore præfulgeat.* (L. 9, § 1, Cod., *de testibus*, 4, 20.)

Ces dispositions sont très-anciennes. On les retrouve dans le Deutéronome, dans l'Exode et dans l'Evangile (3). Les philosophes (4) et les publicistes souscrivent à ces décisions. Montesquieu (5) dit que la raison exige deux témoins, *parce qu'un témoin qui affirme et un accusé qui nie, font partage ; il faut un tiers pour le vider.*

Ce raisonnement n'est qu'un sophisme bril-

service duquel ils se trouvent ; d'où la conséquence qu'on ne peut reprocher le témoin qui a été le serviteur ou le domestique d'une des parties, mais qui ne l'est plus au moment où il fait sa déposition. (Brux, 9 nov. 1818 ; Bourges, 20 nov. 1830.)

(1) *Voy.* Duparc-Poullain, *ubi supra ;* Jousse, sur l'article 11 du titre 22 de l'ordonnance de 1667 ; Huberus, in tit. ff. *de testibus,* no 13; Ferrière, *Dictionnaire de droit,* vo *Témoin.*

(2) Ainsi nommé du nom de ce prince, qui fut, à la fois, le législateur et le restaurateur de sa patrie. *Voy.* le *Répertoire de jurisprudence*, vo *Code*, § 33. On a aussi nommé *Code Léopold* le recueil de toutes les lois données par ce prince en plusieurs volumes in-4o.

(3) *In ore duorum vel trium peribit qui interficietur.* Chap. 7, v. 6, et chap. 19, v. 15; Exod, chap. 23, v. 30

In lege vestra scriptum est quia duorum testimonium verum est. Saint Jean, chap. 8, v. 17.

In ore duorum vel trium stabit omne verbum. Saint Paul, 2 Corinth., chap. 13, no 1.

(4) Wolff, *Jus nat.*, part. 5, § 1037.

(5) *Esprit des lois*, liv. 12, chap. 3.

lant, comme on en trouve beaucoup d'autres dans cet auteur. Le partage existe entre l'accusateur qui affirme et l'accusé qui nie, entre le demandeur et le défendeur; s'il ne faut qu'un tiers pour le vider, un seul témoin suffit.

La véritable raison pour en exiger plusieurs, est que le témoignage de l'homme étant sujet à l'erreur, il a besoin d'être fortifié par la comparaison d'un autre témoignage au moins. La force de la preuve testimoniale vient, comme on ne peut trop le répéter, de ce qu'on présume du bon sens du témoin qu'il ne s'est pas trompé, qu'il n'a pas été trompé : et de sa probité, qu'il ne trompe point. Or, il est bien plus difficile que deux ou plusieurs personnes se trompent qu'une seule, et il est moralement presque impossible qu'en voulant tromper elles s'accordent sur toutes les circonstances du fait, sur le temps, sur le lieu, etc. Un juge adroit et prudent peut donc assez facilement confondre les faux témoins, en les mettant en contradiction sur les circonstances du fait. Le nom d'un arbre suffit au jeune Daniel pour manifester l'innocence de la chaste Suzanne, et pour confondre les deux vieillards impudiques. Ce n'est que lorsqu'il y a plusieurs témoins uniformes que la preuve testimoniale peut acquérir la force d'une certitude morale. Cette certitude s'accroît par le nombre des témoins, lorsqu'on voit qu'ils n'ont pu se concerter, et que leurs dépositions ne sont point une leçon préparée qu'ils répètent comme des perroquets. « Il est certain, dans les véri» tables règles, dit le chancelier d'Agues» seau (1), que le concours de deux témoins » uniformes, dans les circonstances essentiel» les, est absolument nécessaire pour l'inté» grité de la preuve testimoniale ; c'est une » maxime établie par le consentement général de » toutes les nations policées, et de toutes les » lois anciennes et nouvelles; ainsi, un fait » qui n'est attesté que par un seul témoin ne » peut être considéré par les juges comme » véritablement prouvé. »

Malgré la force de ces raisons, qui semblent sans réplique dans la théorie, l'observation fondée sur une longue expérience apprit aux hommes que deux témoins ne sont pas toujours nécessaires pour découvrir la vérité et pour établir une preuve; que le témoignage d'un seul homme peut suffire, lorsqu'il est fortifié par des indices, par des présomptions capables de dissiper le doute que laisse subsister la déposition d'un témoin isolé, qui, étant seul, a pu se tromper, et être trompé plus facilement, et a aussi moins à craindre en déguisant la vérité. La loi 9, § 1, au Cod. *de testibus*, 4, 20, fait entendre qu'au moins *auparavant*, on pouvait, avec précaution, s'en tenir à la déposition d'un seul témoin : *Sanximus ut unius testimonium nemo judicum in quacumque causa facile patiatur admitti.*

On pouvait donc s'y tenir en certaines circonstances, quoique difficilement, et avec des précautions capables de suppléer ce qu'un seul témoignage peut laisser à désirer. C'est la conséquence qu'ont tirée de cette loi des interprètes très-estimés (2), qui enseignent qu'en matière civile, on peut quelquefois se contenter de la déposition d'un seul témoin. Les docteurs, tels que Brunnemann et Mascardus (3), indiquent plusieurs cas où elle peut suffire à leur avis.

D'Aguesseau, lui-même, dont l'autorité est tout autrement imposante, d'Aguesseau qui établit si nettement la nécessité du concours de deux témoins pour former une preuve, qui ajoute que le juge ne peut considérer le fait attesté par un seul témoin, comme véritablement prouvé, enseigne qu'il n'en résulte que ce qu'on appelle une *demi-preuve*, qui ne peut opérer la condamnation du coupable que lorsqu'elle est accompagnée de son aveu, ou *lorsqu'elle est fortifiée par des indices équivalant à la déposition de ces témoins.*

Ainsi, suivant ce grand magistrat, qui connaissait si bien la nature des preuves judiciaires, la déposition d'un seul témoin peut former une preuve suffisante pour asseoir un jugement même en matière criminelle, lorsqu'elle est fortifiée par des présomptions assez fortes pour équivaloir à la déposition d'un autre témoin.

Cette doctrine est conforme aux principes enseignés par les meilleurs auteurs, longtemps avant les lois nouvelles. Domat (4), dont la doctrine est si pure et le jugement si sûr, dit « qu'il arrive souvent non-seulement dans les » matières civiles, mais aussi dans les matières » criminelles, qu'on peut avoir des preuves cer» taines, sans écrit et sans témoins, par la force » des présomptions, quand elles sont telles que, » sur des faits certains et connus, on peut fon» der des conséquences nécessaires de la vérité » de ceux qu'on peut prouver, soit qu'on juge » des causes par leurs effets, ou des effets par » leurs causes, ou qu'on découvre la vérité par » d'autres principes. »

La doctrine de Domat et de d'Aguesseau est

(1) Tome 8 de ses Œuvres, p. 150, édit. en 13 vol. in-4°.

(2) Wissembach, ad tit. ff. *de testibus*, n° 32. *Voy.* aussi Huberus, ad tit. ff. *de probationibus*, n° 2, avec les additions de Thomasius.

(3) Brunnemann, in L. 9, Cod., *de testibus*; Mascardus, *de Probat.*, præf., quæst. 11, et conclus. 118. *Voyez* aussi la note de Carondas, sur le Grand Coutumier de Charles VI, p. 382.

(4) Titre *des Présomptions*, n° 4.

Domat était l'ami de Pascal. Boileau l'appelait le restaurateur de la raison dans la jurisprudence. *Voy.* la Harpe, *Cours de littérature*, t. 15, p. 5 et 6 de la première édition.

conforme à l'ordonnance de 1670, qui portait, tit. 25, art. 5: « pourront être instruits et ju- » gés, *encore qu'il n'y ait point d'information,* » si d'ailleurs il y a preuve suffisante par les in- » terrogatoires et par les pièces authentiques ou » reconnues par l'accusé, et *par les autres pré- » somptions et circonstances du procès.* »

Si l'on peut juger sur des présomptions seules, on peut, à plus forte raison, juger sur des présomptions réunies à la déposition d'un seul témoin. La preuve testimoniale elle-même n'est fondée que sur des présomptions (1).

Ce sont ces principes qu'a suivis notre législation nouvelle, tant en matière civile qu'en matière criminelle. Cela résulte, pour les matières criminelles, dit fort bien le savant jurisconsulte qui connaît le mieux nos lois nouvelles (2), cela résulte du silence absolu que garde le Code de procédure sur le nombre des témoins nécessaires pour compléter une preuve, et de la disposition par laquelle il abroge, art. 1041, *toutes lois, coutumes, usages et règlements relatifs à la procédure civile* (3).

Cela résulte encore du texte de l'article 1353 du Code civil qui permet au magistrat d'asseoir son jugement sur des présomptions graves, précises et concordantes, *dans les cas où la loi admet les preuves testimoniales.*

318. Cependant, Duranton (4) pense que si ni l'un ni l'autre Code ne déterminent le nombre de témoins qu'il faut pour établir un fait, *il n'est pas moins certain que deux dépositions concordantes, au moins, sur un même fait, sont nécessaires, pour que les juges puissent le tenir pour constant.*

Il cite, au soutien de son opinion, la loi 9 au Cod. *de testibus*, que nous avons expliquée, Domat et Pothier, qui ont écrit sous l'empire des lois anciennes; il ne paraît pas même soupçonner, ni qu'elles soient abrogées par les nouvelles, ni que les dispositions de notre nouveau Code permettent au magistrat d'asseoir son jugement sur des présomptions graves, précises et concordantes, conformément à la doctrine de Domat, et, à plus forte raison, lorsqu'elles concourent à fortifier la déposition d'un témoin unique non reproché. L'opinion de Duranton nous paraît donc sans fondement. Elle est même d'autant plus étrange, qu'il reconnaît avec Pothier que la déposition d'un témoin unique autorise les juges à déférer le serment, genre de preuve qui n'est lui-même qu'une présomption assez peu grave, et certainement plus faible que la preuve testimoniale.

319. De ce que nous venons de dire, il résulte qu'un commencement de preuve par écrit, joint à la déposition d'un seul témoin, peut former une preuve complète.

320. Quant aux matières criminelles, nos lois nouvelles disent formellement que plusieurs témoins ne sont pas nécessaires pour former une preuve, et pour déterminer l'opinion des jurés, qui ne doivent juger que d'après leur *intime conviction.* En établissant la procédure des jurés, les lois nouvelles ont nécessairement aboli toutes les anciennes règles sur la légalité ou l'illégalité des preuves. L'art. 342 du Code d'instruction criminelle ordonne de lire aux jurés l'instruction suivante tirée de la loi du 16 septembre 1791:

« La loi ne demande pas compte aux jurés des » moyens par lesquels ils se sont convaincus; » elle ne leur prescrit point de règles desquelles » ils doivent particulièrement faire dépendre la » plénitude et la suffisance d'une preuve: elle » leur prescrit de s'interroger eux-mêmes dans » le silence et le recueillement, et de chercher, » dans la sincérité de leur conscience, quelle » impression ont faite sur leur raison les preu- » ves rapportées contre l'accusé, et les moyens » de sa défense. La loi ne leur dit point: *Vous » tiendrez pour vrai tout fait attesté par tel ou tel » nombre de témoins;* elle ne leur dit pas non » plus: *Vous ne regarderez pas comme suffi- » samment établie toute preuve qui ne sera pas » formée de tel procès verbal, de telles pièces, de » tant de témoins, et de tant d'indices*; elle ne » leur fait que cette seule question, qui renferme » toute la mesure de leur devoir: *Avez-vous une » intime conviction?* »

Merlin (5) pense, avec raison, ce nous semble, que la même latitude de pouvoirs est accordée aux cours de justice criminelle, dans les cas où elles jugent sans jurés. Dans les anciens tribunaux tout était écrit: les informations, les récolements, les confrontations, les interrogatoires, tout se rédigeait dans une forme authentique et de rigueur. Rien de ce qui manquait à cette forme ne pouvait être lu, et les pièces qui, par leur parfait assujettissement à cette forme, méritaient de passer sous les yeux des juges, pouvaient seules former les éléments de leur conviction. Alors, du moins, on avait une raison pour exiger que chaque preuve fût appréciée

(1) Domat, préface du titre *des Preuves, des présomptions et du serment.*

(2) Merlin, *Répertoire*, v° *Preuve*, édit. Tarlier, t. 24, p. 467. *Voy.* aussi Locré, *Esprit du Code de procédure*, t. 1, p. 453 et 455.

(3) Il en résulte que l'admission de la preuve testimoniale est, de la part des juges, purement facultative, aux termes de l'art. 253 du Code de procédure, qui leur permet, mais qui ne leur ordonne pas de l'admettre. Ils peuvent donc s'en dispenser, lorsqu'ils trouvent d'ailleurs, dans l'instruction du procès, des documents suffisants pour fixer leur opinion sur les faits en litige. (Arrêt de la cour de cassation du 9 nov. 1814.)

(4) *Traité des Contrats et des obligations*, t. 4, n° 1423. Dalloz, v° *Témoin*, n° 10, enseigne également que cette opinion est une erreur.

(5) *Ubi supra.*

et jugée suivant les règles qui existaient dans cet ordre de choses.

Mais, aujourd'hui, dans les cours de justice criminelle, la forme d'instruction est la même, soit qu'elles jugent sans jurés, soit qu'elles jugent avec des jurés. Dans un cas comme dans l'autre, c'est à l'audience que les témoins sont entendus; c'est à l'audience que les accusés subissent leurs derniers interrogatoires; c'est à l'audience que le ministère public expose et fait valoir, au nom de la société, les moyens qui s'élèvent en faveur de son accusation; c'est à l'audience que son accusation est combattue par les accusés et leurs défenseurs. Rien de tout cela ne s'écrit ni ne peut s'écrire. Comment donc les juges, quand ils prononcent sans jurés, pourraient-ils asseoir leur conviction sur les règles de l'ancienne jurisprudence? Comment pourraient-ils ne pas réputer preuve ce que des jurés regarderaient comme telle? Comment pourraient-ils se considérer autrement que comme remplaçant les jurés, comme exerçant les mêmes fonctions, comme investis de la même latitude de pouvoir, par conséquent, comme affranchis par la loi de rendre *compte des moyens par lesquels ils se sont convaincus*, comme dégagés de toute règle de laquelle pussent particulièrement *dépendre la plénitude et la suffisance d'une preuve*, comme chargés seulement *de s'interroger eux-mêmes* dans le *silence* et le *recueillement*, et de chercher, dans la sincérité *de leur conscience, quelle impression ont faite sur leur raison les preuves rapportées contre l'accusé, et les moyens de sa défense?*

Tel doit être, et tel est nécessairement le résultat de la forme de l'instruction qui se fait devant les cours de justice criminelle, jugeant sans jurés, où toute cette instruction est inutile; les juges doivent fermer l'oreille aux débats, et les débats ne sont plus qu'une vaine et pénible cérémonie.

Ces raisons nous paraissent sans réplique, et l'auteur les appuie de la jurisprudence de la cour de cassation, notamment d'un arrêt du 5 octobre 1807, dont il rapporte, au même endroit, l'espèce et le dispositif.

Les mêmes raisons s'appliquent aux jugements des tribunaux correctionnels et aux tribunaux de police.

Mais comment les juges rendront-ils raison des motifs de leurs jugements? Comment? Tout aussi facilement que s'ils prononçaient d'après des pièces de conviction, ou d'après la déposition de dix témoins: « considérant que la loi ne détermine point le nombre de témoins nécessaires pour établir la preuve d'un délit, et pour opérer la conviction des juges; qu'il résulte des débats, ou de tels autres faits constants, les présomptions les plus fortes, qui, jointes à la déposition du seul témoin qui ait vu les faits en question, établissent une preuve suffisante pour entraîner la conviction, etc. »

Il est certain qu'un jugement ainsi motivé ne pourrait être avec succès déféré à la censure de la cour de cassation, puisque aucune loi ne serait violée.

521. La règle qui exige deux témoins pour compléter la preuve d'un fait fléchissait sous l'ancienne jurisprudence, dans les cas où plusieurs faits particuliers, plusieurs circonstances sont nécessaires pour établir un fait principal. Par exemple, la démence est un fait principal, une habitude qu'on ne peut prouver que par différentes actions, différents faits successifs, arrivés en différents temps, en présence de différentes personnes. L'une a vu un fait, la seconde un autre, la troisième un autre encore. On ne considère pas ces témoignages comme isolés, parce qu'ils tendent tous au même but, celui de prouver la démence, qui ne peut l'être que par l'habitude des actions insensées qui la décèlent.

Plusieurs dépositions, quoique attestant chacune des faits différents, peuvent aussi concourir à prouver un fait particulier; par exemple, un témoin atteste qu'il m'a vu prêter une somme de 150 fr. à Paul, qui promit de me les rendre dans un an; un autre atteste que Paul lui a avoué qu'il devait 150 fr. que je lui avais prêtés il y a plus d'un an, et qu'il n'avait encore pu me rendre. On ne peut regarder ces dépositions comme isolées, parce que les deux faits qu'elles attestent concourent à prouver le fait du prêt.

Il serait inutile d'entrer en de plus grands détails sur ce point; mais nous devons approfondir ici, sur la nature et la force de la preuve testimoniale, une question importante que nous avons touchée, en passant, dans le quatrième volume (VIII, éd. fr.) de cet ouvrage, n° 5.

522. Nous y avons dit qu'on divise les preuves en deux espèces ou classes; la première contient celles que la loi veut qu'on tienne pour sûres, et auxquelles le magistrat ne peut, sans s'exposer à la censure, se dispenser de conformer son jugement, quand même il ne serait pas personnellement persuadé ou convaincu.

La seconde contient celles dont la loi abandonne l'effet à la prudence du magistrat, qui doit en apprécier la force, sans être obligé d'y conformer son jugement, lorsqu'il n'est pas persuadé. Telles sont toutes les présomptions, à l'exception de celles que la loi même, par des motifs supérieurs d'utilité publique, ou d'intérêt général, a élevées au rang des présomptions légales, qui dispensent de toute autre preuve. Cette division des preuves est établie par Domat (1).

On rangeait autrefois la preuve testimoniale dans la première classe, et l'on pensait que les dépositions conformes de plusieurs témoins non reprochés formaient une preuve telle que les juges ne pouvaient ni tenir pour preuve un fait

(1) Sect. *des Preuves* en général.

qui n'était attesté que par un seul témoin, ni se dispenser de tenir pour prouvé un fait que deux témoins non reprochés leur certifiaient s'être passé sous leurs yeux.

Domat lui-même, Domat enseignait « que les » lois veulent qu'on prenne pour une preuve » sûre d'un crime ou d'un autre fait les dépositions conformes des témoins non reprochés, » et qui soient au nombre qu'elles ont réglé. »

Mais il faut remarquer que cette opinion était fondée sur l'usage et non sur la loi. Nous n'en connaissons aucune qui prescrive aux juges de conformer leur jugement aux dépositions uniformes de plusieurs témoins, et nous remarquons que, contre son ordinaire, cet admirable auteur n'en cite aucune à l'appui de sa doctrine. On ne trouve sur ce point aucune disposition, ni dans l'ordonnance de 1667, ni dans l'ordonnance de 1670. On n'en trouve également aucune dans le droit romain (1) : on y trouve seulement des textes qui disent que deux témoins sont nécessaires pour former une preuve (2). Mais dire que deux témoins, et non pas un seul, peuvent former une preuve, ce n'est pas dire que leurs dépositions réunies forment nécessairement une preuve. Il reste à juger quand la preuve est acquise : aussi ne trouve-t-on, dans tout le corps du droit romain, aucune loi qui prescrive aux juges d'ajouter foi à la déposition des témoins; au contraire, on en trouve plusieurs qui leur recommandent de s'en défier, et qui leur permettent de rejeter des témoins, même non reprochés.

Il faut, dit Callistrate, examiner avec beaucoup de soin la foi qu'on peut ajouter aux témoins : *Testium fides diligenter examinanda est* (3). Mais à quoi bon cela, si les juges étaient forcés d'ajouter foi aux témoins non reprochés, dont cet examen leur a rendu la foi suspecte?

L'empereur Adrien dit formellement que les juges peuvent mieux savoir que le législateur la foi qu'il faut ajouter aux témoins : *tu magis scire potes, quanta fides habenda sit testibus* (4).

Il va plus loin, il leur recommande de ne point se croire liés par une espèce de preuve, mais d'interroger leur conscience, et de se demander ce qu'ils croient, ce qu'ils ne croient pas prouvé. C'est l'instruction que nos lois donnent aux jurés : *hoc ergo solum tibi rescribere possum summatim, non utique ad unam probationis speciem cognitionem statim alligari debere; sed ex sententia animi tui te æstimare oportere quid aut credas aut parum probatum tibi opinaris* (5).

Enfin Papinien, le prince des jurisconsultes romains, dit positivement que le juge peut rejeter les dépositions des témoins non reprochables légalement. La religion des juges, dit-il, doit suppléer au silence de la loi, puisqu'il est de leur devoir de peser la déposition même du témoin dont la réputation est intacte aux yeux de la loi : *verum tamen quod legibus omissum est, non omittetur religione judicantium : ad quorum officium pertinet, ejus quoque testimonii fidem, quod integræ frontis homo dixerit, perpendere* (6).

Ainsi, suivant le droit romain, les juges n'étaient pas astreints à conformer leur jugement aux dépositions des témoins, lorsqu'ils ne les trouvaient pas concluantes, lorsqu'ils n'étaient point persuadés, en un mot, lorsqu'ils ne croyaient pas le fait prouvé; loin d'être liés par l'enquête dont ils devaient peser les témoignages, pour les admettre, lorsqu'ils croyaient le fait prouvé; et les rejeter, lorsqu'ils ne le croyaient pas prouvé.

Nous ne connaissons, dans notre législation ancienne, aucune disposition qui ait dérogé sur ce point aux sages dispositions du droit romain, malgré l'usage dont parlent les auteurs.

Mais en existât-il quelqu'une, on ne pourrait l'invoquer aujourd'hui, puisque nos lois nouvelles abrogent expressément les ordonnances, coutumes, usages, règlements relatifs aux matières contenues dans nos Codes nouveaux.

Reste donc à rechercher si ces Codes ordonnent aux juges d'ajouter foi aux dépositions des témoins non reprochés, quelque fortes présomptions qu'ils aient contre leur sincérité; en un mot, s'ils sont liés par le résultat de l'enquête, et forcés d'y conformer leur jugement.

Or la négative est certaine. Le Code de procédure (art. 253) permet aux juges d'admettre la preuve testimoniale, dans les cas où elle n'est pas défendue; mais il s'est bien gardé de leur commander d'ajouter une foi aveugle à un genre de preuve contre lequel les lois ont manifesté une si grande défiance. Si elles la qualifient de preuve, c'est qu'en effet les dépositions des témoins peuvent former une preuve suffisante et complète : mais quand la forment-elles? C'est ce qui reste, par la nature des choses, abandonné à l'examen du magistrat chargé de juger si la preuve existe, et dont le jugement demeure libre, sans autre règle que sa conscience et sa persuasion, puisque la loi ne lui en prescrit pas d'autres.

Quant au Code civil, la comparaison de ses dispositions sur la preuve littérale à ses dispositions sur la preuve testimoniale démontre qu'il a mis une différence essentielle entre ces deux genres de preuves, et que si le magistrat ne peut, sans violer la loi, s'écarter de la preuve littérale, il reste libre dans le jugement qu'il porte sur la preuve testimoniale, parce qu'à lui

(1) *Vid.* Thomasius, dissert. 46, *de Fide juridica*, cap. 11, §§ 57 et 58.

(2) L. 12, ff. *de test.*, 22, 5. L. 9, § 1, Cod., *de test.*, 4, 20.

(3) L. 3, Cod., *de test.*, 4, 20.

(4) *Ibid.*, § 1.

(5) *Ibid.*, § 2.

(6) L. 13, ff. *ibid.*

seul appartient et peut appartenir d'apprécier les témoignages et de décider quand ils forment ou ne forment pas une preuve suffisante.

L'art. 1319 dit que l'acte authentique fait *pleine foi*. Ainsi, lorsqu'on présente au magistrat un acte authentique, contenant, par exemple, une convention, le magistrat n'a point à juger si la preuve de la convention est acquise. La loi l'a jugé d'avance ; elle va plus loin, elle ordonne que cette convention, *légalement formée*, soit la loi particulière des parties. (Art. 1134.) Le magistrat ne peut donc s'en écarter sans contrevenir à la loi. Que lui reste-t-il à examiner? Uniquement si la loi existe, si l'acte est extérieurement revêtu des formes légales. S'il les trouve observées, il ne peut se dispenser d'obéir à la loi, en ordonnant l'exécution de l'acte ou de la convention.

Mais supposons que le magistrat ait des soupçons contre la sincérité de l'acte; qu'il sache que la convention a été surprise, que le notaire qui a reçu l'acte est dans l'habitude criminelle de faire des faux, en attestant que les actes ont été passés en présence des témoins ou d'un second notaire, qui dans la réalité n'étaient pas présents ; supposons, en un mot, qu'il soit persuadé que l'acte est faux et la convention nulle, il n'en est pas moins obligé d'ordonner l'exécution de l'acte, s'il n'est point attaqué par la voie du faux; et, en l'ordonnant ainsi, il ne juge point contre sa conscience, car il ne juge rien; il suit la foi et la conscience de la loi; il la fait exécuter, comme il doit faire exécuter et appliquer toute autre loi, quand même il la trouverait injuste, jusqu'à ce qu'elle soit abrogée.

Cette disposition, qui accorde aux actes une foi pleine et entière, est de droit public; elle est fondée sur l'intérêt de la société. La société ne peut exister sans le secours des engagements, et les engagements ont besoin du secours des actes pour conserver le souvenir et former la preuve de ce qui s'est passé. La loi a établi des formes pour la validité des actes, et créé des officiers publics chargés de les recevoir, suivant les formes prescrites, de certifier l'observation de ces formes et la réalité de la convention, chargés même d'en ordonner l'exécution au nom du roi, comme délégués spéciaux de la puissance exécutive.

L'ordre public serait troublé, les fondements des transactions civiles, du crédit et du commerce ébranlés ou anéantis, si les tribunaux s'arrogeaient le droit de critiquer arbitrairement de pareils actes, qui sont la loi des parties; s'ils refusaient de les faire exécuter par le motif qu'ils n'y ont point de confiance, et qu'ils ont les présomptions les plus fortes contre leur sincérité. Ces actes font pleine foi, leur dit le législateur. Ils sont la loi des parties.

Il en est autrement de la preuve testimoniale; la loi la permet, parce qu'elle est nécessaire, mais elle s'en défie; et loin de commander aux juges de suivre aveuglément la foi des témoins, elle ne cesse de leur recommander de les examiner avec le plus grand soin, *testium fides diligenter examinanda est.* Elle les avertit qu'ils ne sont point liés par les dépositions des témoins, qu'ils peuvent rejeter celle même d'un homme non légalement reprochable, et dont la réputation est légalement intacte, *integræ frontis homo;* enfin, qu'ils doivent rentrer en eux-mêmes pour juger ce qu'ils croient prouvé ou non prouvé. Ces maximes écrites dans le droit romain, sous la dictée de la raison, loin d'être abrogées dans notre nouvelle législation, sont expressément répétées dans nos lois criminelles.

Prenons donc pour constant que la religion du juge n'est point liée par les dépositions des témoins (1), lorsqu'il n'est pas persuadé, lorsqu'il a de fortes raisons de croire qu'elles ne sont pas conformes à la vérité. Nous regardons comme certain qu'un arrêt, fondé sur ces principes, ne pourrait être cassé parce qu'il n'y aurait aucune loi violée.

Mais nous ajoutons qu'un magistrat prudent, qui connaît ses devoirs, qui sait que le meilleur juge est celui qui s'abandonne le moins à l'arbitraire, se portera difficilement, et sur de simples soupçons, sur de simples présomptions, à rendre un jugement contraire aux dépositions uniformes de plusieurs témoins, contre lesquels il n'existe pas, en apparence, de motif de reproche; il craindra, avec raison, de prendre sur lui-même une responsabilité morale aussi effrayante.

323. Il nous reste à examiner les questions que peut faire naître la collision des témoignages (2), c'est-à-dire les contradictions, les oppositions, en un mot, les différences de toute espèce qui peuvent se rencontrer dans les dépositions des témoins respectivement appelés. Comment le magistrat pourra-t-il démêler la vérité au milieu des contradictions? A quels traits la reconnaître? A quelles dépositions ajoutera-t-il foi, lorsqu'elles sont inconciliables, lorsqu'un témoin affirme un fait, et que l'autre le nie, ou atteste un fait contraire?

324. Malheureusement, notre Code de procédure enlève aux juges le moyen le plus puissant, le plus efficace, et presque le seul, de lever ou de déchirer le voile dont l'art d'un témoin de mauvaise foi cherche à couvrir la vérité, et de percer les ténèbres dont il cherche à l'envelopper.

---

(1) C'est aussi l'avis de Locré, *Esprit du Code de procédure*, t. 1, p. 453.

(2) Nos auteurs français s'en sont peu occupés. On peut voir une dissertation sur ce sujet dans Boehmer, *Exercitationes ad Pandectas*, t. 4, exercit. 651. *De Collisione probationum*, cap. 1, p. 176 et seq.

Dans les matières criminelles, aux assises, au tribunal de police correctionnelle, ou même de simple police, enfin, dans les matières sommaires portées aux tribunaux civils, les témoins sont entendus, à l'audience, en présence des juges et du public. Tout concourt alors à imposer au témoin qui serait tenté de mentir à sa conscience, et qui aperçoit ou qui croit apercevoir, dans le nombreux auditoire dont il est environné, des juges sévères et redoutables, à qui leurs connaissances personnelles et la notoriété des faits ne permettront pas de douter qu'il a menti à la justice, et qu'il s'est parjuré, qu'il a violé tout à la fois ses devoirs envers Dieu et envers la société.

Tout peut concourir à déceler son imposture: l'embarras involontaire qu'il éprouve, la crainte de se trahir, ou de se laisser pénétrer, son air, sa contenance, son attitude, les mouvements de son corps, sa voix, ses yeux, son visage, les altérations et les changements qu'on y lit, et qu'y apportent son trouble et son agitation intérieurs; un geste, un mot, peuvent le trahir. Ajoutez la faculté de l'interroger, l'embarras de répondre à une question inattendue; ses hésitations, son silence même, peuvent démentir la déposition étudiée que sa bouche a récitée; enfin, comment soutiendra-t-il, en présence du public qui l'observe, qui l'entend et le juge, la confrontation avec un témoin contraire, plein de respect pour la vérité, et à qui son honneur et la solennité de l'audience donnent encore plus de force et de courage pour la défendre et la soutenir, dans la crainte de passer lui-même pour un imposteur et un parjure?

Tels sont les grands moyens que la raison fournit au magistrat pour dissiper le doute que peut faire naître la collision des témoignages; il n'est pas nécessaire qu'il soit un Salomon pour découvrir et discerner la vérité dans de pareils débats.

Mais, dans les matières civiles ordinaires, les témoins ne sont point entendus à l'audience; leur déposition est reçue par un commissaire accompagné de son greffier; les parties et leurs avoués peuvent, à la vérité, y assister; ils peuvent proposer des reproches sur lesquels le témoin est tenu de s'expliquer. L'art. 273 permet au commissaire de faire au témoin, soit d'office, soit sur la réquisition des parties, *les interpellations qu'il jugera convenables pour éclaircir sa déposition*. Les reproches, les explications, les interpellations et les réponses, sont consignés dans le procès-verbal du commissaire, qui rédige les dépositions et les fait écrire par son greffier; elles sont ensuite lues à l'audience du tribunal, mais sans appeler les témoins pour expliquer ce qui peut s'y trouver d'obscur, d'équivoque ou de contradictoire.

Combien ces dépositions écrites presque dans le secret, et dérobées à l'imposante publicité de l'audience, sont froides et peu satisfaisantes auprès de ces dépositions orales et animées faites en présence du public et des magistrats assemblés! C'est bien le cas de s'écrier avec l'empereur Adrien: J'en crois les témoins, et non les témoignages écrits: *rescripsit se testibus, non testimoniis crediturum*. J'en crois les témoins, parce que je les interroge pour découvrir la vérité, *namque ipsos interrogare soleo*. L'autorité des témoins présents, la foi qu'ils méritent est donc tout autre que celle des témoignages écrits que l'on récite aux juges: *alia est auctoritas testium præsentium, alia testimoniorum quæ recitari solent*. Les témoignages qu'on présente écrits au juge sont véritablement, comme dit le proverbe, des témoins sourds et muets; des témoins sourds qui n'entendent point, des témoins muets qui ne répondent point, *surda et muta testimonia*.

Lorsque l'assemblée constituante entreprit de réformer notre législation, la vérité de ces maximes dictées par la raison avait frappé tous les esprits. Elles devinrent un des principes fondamentaux de nos lois criminelles; mais on ne s'occupa point alors du Code de procédure. On ne s'en est occupé que fort tard et longtemps après. La loi du 6 mars 1791, qui fixe le traitement des greffiers, avoués et huissiers, ordonna que, par provision, les avoués suivraient exactement la procédure établie par l'ordonnance de 1667. Or, suivant cette ordonnance, les témoins, dans les matières ordinaires, étaient entendus secrètement, sans qu'il y eût d'autres personnes que le commissaire et le greffier, qui écrivaient les dépositions; les parties mêmes n'avaient pas le droit d'être présentes à l'audition des témoins. C'était un grand vice dans la législation; car il était généralement reconnu que cette forme d'enquête, outre qu'elle était plus dispendieuse, retardait et embarrassait le cours de la justice, et enfin qu'elle était moins propre à découvrir la vérité.

La loi du 3 brumaire an II ayant supprimé les fonctions des avoués, et ordonné, art. 9, qu'il serait statué dans tous les tribunaux, dans toutes les affaires, sans aucun frais, sur défenses verbales, etc., on douta si désormais les enquêtes devaient être faites à l'audience, ou si l'on devait continuer de les faire dans les formes déterminées par l'ordonnance de 1667. Ce doute fut résolu par la loi du 7 fructidor an III (24 août 1795), qui ordonna, art. 1er: « A l'avenir,
» en toutes matières civiles dont la connais-
» sance appartient aux tribunaux de district,
» et sans aucune distinction, les témoins seront
» entendus à l'audience publique en présence
» des parties intéressées, ou elles dûment
» appelées. »

Mais la loi du 27 ventôse an VIII, ayant rétabli les avoués dont la suppression avait été prononcée par le décret du 3 brumaire an II, fit revivre, pour les enquêtes, les formalités prescrites par l'ordonnance de 1667. Ce fut ainsi, du moins, que, par un arrêté du 18 brumaire an VIII,

le gouvernement interpréta cette loi, où cependant on ne trouve aucune disposition sur ce point. Cet arrêté laissa donc subsister beaucoup de doutes et donna lieu à de grandes et de fréquentes difficultés. Le gouvernement les fit cesser par un arrêté du 4 pluviôse an XI, dont la disposition finale porte que : « jusqu'à ce qu'il » en soit autrement ordonné, les avoués suivront » exactement, en ce qui concerne les enquêtes, » les dispositions de l'ordonnance de 1667. »

Cette forme a été suivie jusqu'à la promulgation du Code de procédure. Les commissaires chargés de rédiger le Code ne proposèrent pas de la changer. Leur projet laissait même subsister le plus grand vice de l'ordonnance de 1667, qui isolait le juge-commissaire et le témoin. C'était dans le secret le plus impénétrable que le premier recevait la déposition du second, et la dictait à son greffier. Ainsi, le commissaire, maître de la rédaction, pouvait en changer adroitement la substance, et traduire à sa manière le langage quelquefois grossier du témoin, souvent trop ignorant pour relever les erreurs du commissaire.

D'un autre côté, sous le régime de la loi du 7 fructidor an III, les témoins qui étaient entendus à l'audience l'étaient en présence les uns des autres. Il pouvait en arriver un choc ou de l'aigreur entre les témoins; il pouvait aussi arriver que les derniers entendus manquassent, par timidité ou par d'autres égards, du courage nécessaire pour contredire les premiers entendus et pour soutenir la vérité; enfin, il arrivait souvent que les derniers entendus ne faisaient qu'approuver et répéter ce qu'avaient dit les premiers, au lieu de raconter les faits à leur manière, et tels qu'ils les avaient vus.

C'est pour prévenir ces inconvénients que, sur l'observation du tribunat, l'art. 262 décida que les témoins seront entendus *séparément ;* mais ils continuent d'être entendus par un commissaire assisté de son greffier, toutefois en présence des parties, ou elles dûment appelées. (Art. 261.)

Sur l'observation de ceux qui réclamaient que les témoins fussent entendus à l'audience, le président du conseil dit « que la conséquence » naturelle de ce système de la publicité de l'en- » quête serait de ne rien écrire et de faire ve- » nir les témoins à l'audience. » (Locré, sur l'art. 261.)

Sur quoi, M*** dit « qu'il serait à désirer » qu'on pût appeler les témoins à l'audience » et prononcer, aussitôt après les dépositions, » sur chaque fait articulé. *Ces formes dimi-* » *nueraient beaucoup les frais,* » ajoutait-il.

Répondant à ce désir, le rapporteur, qui soutenait le projet, dit « que la section a cru rem- » placer suffisamment la publicité de l'audience, » qui n'est pas sans difficulté, par la présence » de la partie à l'enquête. »

Ainsi, ce fut sans discussion qu'on laissa passer, dans le Code de procédure, la disposition importante qui veut que, dans les affaires ordinaires, les témoins soient entendus devant un commissaire, hors de la présence des juges ; ce fut sur l'allégation vague que leur audition à l'audience n'était pas sans difficultés, difficultés que le rapporteur n'indiquait même pas. Cependant, on ne contestait pas au conseil d'État que l'audition à l'audience a l'avantage de diminuer de beaucoup les frais. D'un autre côté, elle accélère le cours de la justice : ce fut ce qui la fit préférer dans les affaires sommaires. Enfin, il est reconnu que l'audition des témoins, en présence des juges, est la voie la plus sûre, la seule peut-être de découvrir la vérité.

Quelles sont donc ces *difficultés* ou ces raisons que le rapporteur de la section semblait craindre d'indiquer? Seraient-ce celles que donne l'orateur du tribunat dans son discours? Elles sont si faibles, et tellement détruites d'avance par les faits, qu'elles ne peuvent soutenir la discussion. Aussi parlait-il devant des muets.

Il se demandait si les témoins seront entendus à l'audience. « Non, répond-il; une courte ex- » périence n'a que trop fait sentir les abus qui » en résultaient. »

Nous répondrons qu'une expérience de plus d'un siècle et demi dément cette assertion. Ce fut par l'ordonnance de 1667 que fut introduite, *contre la prévention de l'usage*, dit Pussort, la méthode d'entendre les témoins à l'audience, dans les matières sommaires. Loin d'exciter aucune plainte, *cette longue expérience* a fait sentir les avantages de cette méthode, qui a été de nouveau consacrée par le Code de procédure.

« Je ne parle pas, continue l'orateur du tri- » bunat, des inconvénients ni des entraves que » ce mode apportait à l'administration de la jus- » tice. »

Est-ce de bonne foi que l'orateur allègue ces prétendues entraves? Ce fut précisément pour accélérer l'administration de la justice que ce mode fut introduit. « Ce sera, disait fort bien Pussort, *une grande abréviation de la justice.* » L'expérience de plus de cent cinquante années a prouvé qu'il avait raison. Les rédacteurs du Code l'ont reconnu.

Quant aux *inconvenances* d'entendre les témoins à l'audience, ce langage est vraiment étonnant. L'empereur Adrien, loin de croire la majesté du trône blessée par l'audition des témoins, pensait qu'il était de son devoir de les interroger : *namque ipsos interrogare soleo.* Les convenances sont-elles donc blessées par l'audition des témoins devant les cours d'assises?

« Mais, dit encore l'orateur, le désordre que » cause nécessairement, dans l'esprit du témoin, » l'appareil dont il est environné, est peu propre » au recueillement qui lui est nécessaire pour » rendre compte des faits; la crainte de se trom- » per peut lui imposer silence sur les circon- » stances peut-être les plus intéressantes; s'il » commet une légère erreur, le murmure qui

» s'élève autour de lui le déconcerte, l'amour-» propre s'irrite, et alors il se croit intéressé à » soutenir ce qui, dans son principe, n'a été » qu'une erreur involontaire. »

Toute cette déclamation, car c'en est une, est réfutée d'avance et démentie par ce qui se passe journellement aux audiences des cours d'assises. L'appareil dont il est environné, loin de nuire au recueillement du témoin, lui rappelle qu'il est dans le temple et sous l'égide de la Justice. La présence du public qui l'observe et le juge lui imposent et lui font sentir la nécessité de dire la vérité tout entière; celle des magistrats lui donne la force de la confesser et le courage de la soutenir. Ils sont là pour le défendre. Enfin, le droit de lui faire des interpellations et de le confronter aux témoins contraires donne au magistrat exercé des moyens presque infaillibles pour découvrir la vérité.

On n'aperçoit donc, pour soutenir la méthode vicieuse d'entendre les témoins hors la présence des juges, que l'aveugle *prévention de l'usage;* peut-être encore, une autre raison que l'on n'oserait avouer, qui peut-être a secrètement influé sur ce point de notre législation : l'ennui que fait éprouver aux juges l'audition des témoins, qui, en accélérant le cours de la justice, allonge néanmoins les audiences; la perte de temps, dont se plaignent les avocats, quoique bien hors de propos, puisqu'ils peuvent trouver, dans les interpellations qu'ils ont la faculté de faire aux témoins, par l'intermédiaire du président, les moyens les plus sûrs de faire triompher la justice de leur cause.

En attendant cette réforme salutaire, le magistrat demeure privé du moyen le plus puissant pour juger, dans le cas de collision des témoignages, quels sont ceux auxquels il doit accorder sa confiance.

325. Où donc cherchera-t-il des motifs de détermination? Le droit romain, ou plutôt la raison, lui indique les sources où il doit les puiser. Il les trouvera en méditant et en appliquant aux faits de la cause, avec discernement et sagacité, les sages conseils que lui donne l'empereur Adrien : « Tu magis scire potes, quanta » fides habenda sit testibus ; *qui et cujus dignitatis,* et cujus æstimationis sint; *et qui simpliciter visi sunt dicere,* utrum unum eumdemque » sermonem meditatum attulerint; an ad ea quæ » interrogaveras, ex tempore verisimilia responderunt. » (L. 3, § 1, ff. *de test.*)

« Alias *numerus* testium, alias *dignitas* et » *auctoritas;* alias veluti *consentiens fama* con-» firmat rei de qua quæritur fidem. » (*Ibid.*, § 2.)

Ces textes bien médités suggéreront au magistrat, dont la raison exercée est mûrie par l'expérience, par l'habitude des affaires, par la connaissance des hommes et du cœur humain, des motifs de détermination raisonnables, et des moyens, assez rarement trompeurs, de connaître et les qualités que doivent avoir les témoins pour mériter sa confiance, et les choses sur lesquelles on peut ajouter foi à leur témoignage.

326. Il les cherchera et il les trouvera dans ces circonstances :

1° Le nombre des témoins;

2° La qualité des témoins;

3° La teneur et les qualités de chaque déposition;

4° Quelquefois même les qualités des parties; car le caractère et les mœurs des parties peuvent influer sur la confiance que méritent les témoins qu'elles appellent et qu'elles ont choisis.

327. Le nombre semblerait d'abord être toujours un motif déterminant pour le juge. La foi due à la preuve testimoniale est fondée sur ce qu'on présume du bon sens du témoin, qu'il ne s'est point trompé, et de sa bonne foi, qu'il ne veut pas tromper. Or, en général, il est plus difficile qu'un grand nombre de personnes se trompent et qu'elles se concertent pour tromper.

Mais ce principe, vrai en lui-même, est balancé par un autre principe, qui ne l'est pas moins : c'est que le nombre des hommes censés et réfléchis, capables de bien observer les faits, de ne pas se laisser imposer par les apparences, ou égarer par quelques passions, de voir en un mot les choses froidement et telles qu'elles sont, et de bien rendre ce qu'ils ont vu, sans rien ajouter, comme sans rien retrancher, est beaucoup moindre que celui de ces hommes légers, superficiels et passionnés, qui ne voient les choses qu'à demi, ou au travers du prisme de leurs préjugés et de leurs affections.

Le plus grand nombre des témoins n'est donc point seul, et indépendamment de leurs qualités, un motif suffisant de préférence entre des témoignages contraires. *Non enim ad multitudinem respici oportet, sed ad sinceram testimoniorum fidem, et testimonia quibus potius lex veritatis adsistit.* (L. 21, § 3, ff. *de testib.*)

Cette maxime de jurisprudence est aussi proclamée par les plus profonds moralistes. « Sou-» vent, dit Nicole (1), on ne regarde que le » nombre des témoins sans considérer si ce » nombre fait qu'il soit plus probable qu'on ait » rencontré la vérité : ce qui n'est pas raison-» nable. »

Il faut donc peser les témoignages, et non les compter. Ce n'est que dans le cas où l'honnêteté des témoins et leur bonne réputation sont égales, ou du moins paraissent telles, que le juge, privé de motifs de préférence, plus décisifs et plus sûrs, est réduit à compter les témoignages au lieu de les peser. *Si testes omnes ejusdem honestatis et existimationis sint... sequenda sunt omnia testimonia,* dit encore la loi. Elle exige

(1) Dans son excellente dissertation sur les *mauvais raisonnements que l'on commet dans la vie civile.* Chap. 19 de la *Logique de Port-Royal.*

de plus que la qualité de l'affaire et la persuasion du juge soient d'accord avec les témoignages: *et negotii qualitas, ac judicis motus cum his concurrant.* Car il y a telle affaire, tels faits, sur lesquels il est difficile d'en croire les témoins : l'esprit du juge résiste à la persuasion : *judicis motus.*

328. C'est donc principalement sur les qualités des témoins que le juge peut raisonnablement mesurer le degré de confiance qu'il doit accorder aux uns de préférence aux autres, *qui sint;* c'est le conseil de la loi, c'est celui de la raison ; mais n'oublions jamais que ce sont les qualités intérieures et morales dont la loi entend parler, de sa sincérité connue et de sa bonne foi, *fides;* de la pureté de ses mœurs et de l'honnêteté de sa vie, *an sit honestæ et inculpatæ vitæ;* de la dignité de son caractère, *cujus dignitatis :* celui qui connaît la dignité de l'homme ne l'avilit pas jusqu'au mensonge; de la fermeté de ses principes, qui l'élèvent au-dessus de la séduction, de la faveur et de l'influence du pouvoir. *Eos testes ad veritatem juvandam adhiberi oportet, qui omni gratiæ et potentatui fidem religioni judicariæ debitam præponere possint.* (L. 5, Cod., *de test.*, 4, 20.)

Telles sont les qualités auxquelles on reconnaîtra les témoins vraiment dignes de foi, ceux qui méritent d'être crus de préférence aux autres. Le magistrat seul peut les distinguer, parce que lui seul peut connaître les hommes, et non la loi qui ne les connaît pas : *tu magis scire potes quanta fides habenda sit testibus , cui et cujus dignitatis et cujus æstimationis sint.*

329. Telles sont les qualités qui concilient à l'homme honnête et sans reproche, dans quelque rang qu'il soit placé, l'estime de ses concitoyens, et cette autorité, *auctoritas,* ce pouvoir sur les esprits, qui commande la confiance; autorité telle qu'elle s'élève, dans l'opinion publique, au-dessus même de celle du magistrat. C'est seulement lorsqu'il a su la mériter par ses vertus, que son témoignage peut l'emporter sur celui d'un particulier obscur, qui n'a point à craindre de compromettre la double réputation d'homme public et celle d'individu, ou d'homme privé, *utrum quis decurio an plebeius.* Les vertus de l'homme public deviennent alors une garantie de plus pour la véracité de l'homme privé.

330. Quant aux qualités extérieures, politiques ou civiles, celles mêmes de l'esprit, elles ne sont d'aucun poids aux yeux de la raison, lorsqu'elles ne sont pas accompagnées de ces qualités intérieures et morales, de ces qualités du cœur qui contribuent seules à la dignité de l'homme, laquelle est indépendante du rang où le hasard de la naissance a mis l'individu, des places qu'il occupe, et que donnent le plus souvent la protection, la faveur et l'intrigue, plutôt que le vrai mérite et les vertus. L'élévation de rang, des places, de la naissance, des richesses, n'est que le masque de l'homme intérieur, et ce masque peut couvrir également la tête d'un fripon, celle d'un homme vicieux et corrompu, et celle d'un honnête homme. Les vertus seules placent un homme au-dessus d'un autre, aux yeux de la justice et de la raison.

331. Cependant, d'anciens auteurs, qui vivaient dans un temps où l'espèce humaine était dégradée par l'esclavage, ou avilie par la vassalité, ont enseigné que le juge devait avoir plus de foi à la déposition d'un homme noble, riche ou puissant, qu'à celle d'un obscur plébéien. Le progrès des lumières et l'esprit du siècle ont proscrit sans retour cette absurde et dangereuse doctrine, propagée d'âge en âge par la tourbe des compilateurs, *servum pecus*, et des praticiens qui ne manquent jamais de répéter dans leurs écrits, servilement et sans examen comme sans choix, ce qui a été dit avant eux de bien ou de mal.

Le plus profond des moralistes, le pieux Nicole, dans cette excellente dissertation *sur les mauvais raisonnements que l'on commet dans la vie civile*, emploie les armes de la raison pour terrasser l'erreur de ceux qui, accordant une confiance privilégiée aux opinions et au témoignage des grands et des nobles, se laissent servilement imposer par le prestige de la grandeur et de la puissance. « S'il y a, dit-il, des erreurs » pardonnables, ce sont celles où l'on s'engage » en déférant plus qu'il ne faut au sentiment de » ceux qu'on estime gens de bien. Mais il y a » une illusion *beaucoup plus absurde en soi*, et » qui est néanmoins trop ordinaire, qui est de » croire qu'un homme dit vrai, parce qu'il est » de condition, qu'il est riche ou élevé en » dignité. »

Notre grand moraliste attribue cette autorité, qu'on leur accorde mal à propos, à la complaisance, à la flatterie, ainsi qu'à l'abaissement intérieur de l'esprit de ceux qui n'ont pas la vue assez ferme pour soutenir l'éclat et la pompe qui environnent les grands et les nobles.

Il indique ensuite les causes qui doivent rendre leurs opinions et leurs témoignages suspects. C'est l'illusion qu'ils se font à eux-mêmes. « Il n'y en a pas, dit-il, qui ne prétendent que leurs sentiments doivent prévaloir » sur celui de ceux qui sont au-dessous d'eux; » ils ne peuvent souffrir que des gens *qu'ils* » *regardent avec mépris* prétendent avoir autant » de jugement et de raison qu'eux...

» Ils s'accoutument à se regarder, dès leur » enfance, comme une espèce séparée des autres hommes; leur imagination ne les mêle » jamais dans la foule du genre humain; ils » sont toujours comtes ou ducs à leurs yeux, et » jamais simplement hommes. Ainsi, ils se taillent une âme et un jugement selon la mesure » de leur fortune, et ne se croient pas moins » au-dessus des autres par leur esprit, qu'ils » le sont par leur condition et par leur fortune. »

332. Les richesses dénuées des vertus ne sont pas, plus que la noblesse, un motif de préférence en matière de témoignages : elles ne sont que trop souvent une source de corruption pour ceux qui les possèdent.

Pauvreté n'est pas vice, dit le proverbe (1). Cependant la pauvreté extrême est exposée à trop de séductions pour ne pas exciter le soupçon. *En grande pauvreté, n'y a grande loyauté.* Cette grande pauvreté est donc une des qualités que la loi conseille d'examiner dans le témoin : *an locuples, vel egens sit.* Mais le témoignage du pauvre ne doit être rejeté que quand ses mœurs le rendent facile à suborner : *ut lucri causa quid facile admittat* (L. 3, ff. *de test.*); car il y a des pauvres respectables, même entre ceux qui sont réduits à la mendicité. Qui oserait récuser le témoignage de ce pauvre mendiant, qui, persuadé qu'on s'était trompé, courait à perte d'haleine après la voiture de Molière, pour lui faire reprendre la pièce d'or qu'il en avait reçue pour aumône.

333. C'est surtout lorsque les témoins sont dans la pauvreté, que les qualités de celui qui les appelle peuvent influer sur la confiance que mérite leur déposition. Quand un homme honnête appelle les témoins que le hasard lui a présentés, sa probité et son caractère dissipent le soupçon de subornation que peut faire naître la pauvreté du témoin. Mais quand un homme d'une probité douteuse, connu pour employer, sans choix, tous les moyens qu'offre la chicane pour faire triompher une mauvaise cause, semble avoir choisi ses témoins dans une classe d'hommes faciles à corrompre, les soupçons contre la partie viennent fortifier les soupçons qu'élèvent les qualités des témoins; et ces présomptions réunies peuvent leur ôter entièrement la confiance du magistrat.

334. Les qualités des dépositions peuvent encore donner des lumières sur la préférence qu'elles méritent. Les témoins qui racontent les faits avec précision, en rendant avec simplicité raison de ce qu'ils ont vu, *qui simpliciter visi sunt dicere*, inspirent plus de confiance que ceux qui surchargent leur récit de choses inutiles, et semblent s'efforcer de persuader la vérité d'une déposition apprêtée.

Les témoins dont les dépositions sont calquées les unes sur les autres détruisent la confiance au lieu de l'inspirer : *qui unum eumdemque meditatum sermonem attulerunt.*

La manière de répondre sans embarras et sans hésiter, sans chercher leurs réponses aux interpellations qui leur sont faites, et surtout la vraisemblance de ces réponses, sont encore pour le juge un grand caractère de vérité : *an ad ea quæ interrogaveras, ex tempore verisimilia responderint.* (L. 3, ff. *de test.*) Car, dans les points obscurs, c'est à la vraisemblance qu'il faut s'attacher : *in obscuris inspici solet quod verisimilius est.* (L. 114, ff. *de reg. jur.*) C'est une règle dont l'application est plus étendue qu'on ne pense, et qui s'étend aux circonstances comme au fait principal de la déposition.

Un premier témoin, n'osant nier l'existence du délit auquel il était présent, l'avoue, mais en ajoutant qu'il n'a pas reconnu ceux qui l'ont commis. Un second témoin a vu le délit, et il en a reconnu les auteurs, qui sont des personnes de la société intime du premier témoin. Soyez sûr que celui-ci en impose. Il est contre toute vraisemblance qu'il n'ait pas reconnu les personnes. Ne craignez donc point de vous tromper en comptant son témoignage avec celui du second pour former un corps de preuves.

335. Enfin, quelques auteurs (2) ont enseigné que, dans la collision des témoignages, on doit préférer les affirmatifs aux négatifs : *testibus affirmantibus magis credendum est quam negantibus.* C'est une erreur dont la source paraît venir d'une autre erreur, savoir que, suivant la nature des choses, on ne peut prouver une négative : proposition dont nous avons démontré la fausseté, tome 4 (VIII, éd. fr.), nos 17 et 18. Sans doute, des témoins qui nient sans rendre raison de leur négative ne méritent aucun égard ; mais ils ont cela de commun avec les témoins qui affirment, sans aussi en donner la raison. Tout témoin doit rendre raison de la manière dont il sait les faits qu'il affirme ou qu'il nie.

Mais le témoin qui rend raison de sa déposition négative n'est pas moins croyable qu'un témoin affirmatif. En voici des exemples :

Un testament olographe a péri dans un incendie. Nous avons vu que la perte et la teneur de l'acte peuvent être prouvées par témoins. Titius prétend que ce testament contenait un legs de 3,000 fr. en sa faveur; il produit deux témoins qui ont vu, tenu et lu le testament, et qui affirment qu'il contenait, en effet, le legs de 3,000 fr.

L'héritier en produit deux autres qui ont également vu, tenu et lu le testament, et qui nient formellement qu'il contînt aucun legs en faveur de Titius, quoiqu'il en contînt d'autres dont ils rapportent les dispositions. On ne voit pas pourquoi l'on en croirait plutôt ceux qui affirment que ceux qui nient. Les premiers comme les seconds rendent une raison également satisfaisante, les uns de leur affirmation, les autres de leur négation.

Titius est accusé d'avoir, avec tumulte, injurié Caïa, en chantant sous ses fenêtres une chanson déshonnête, *carmen famosum*, qu'il

(1) *Voy.* Loisel, *Règles du droit français*, liv. 5, tit. 5, règ. 16.

(2) Boehmer les a réfutés avec beaucoup de solidité dans ses *Exercitationes ad Pandectas*, t. 4, p. 206.

faisait accompagner de plusieurs instruments bruyants, tel jour, à telle heure. Caïa produit plusieurs témoins qui affirment le fait, et attestent qu'ils ont vu le tumulte, entendu le bruit et la chanson en passant dans la rue.

Titius en produit d'autres, demeurant au rez-de-chaussée de la maison de Caïa, et à celui de la maison placée vis-à-vis. Ils nient formellement le fait, en attestant qu'au jour et à l'heure indiqués ils étaient dans leurs boutiques ouvertes, avec leurs enfants et leurs domestiques; qu'ils n'en sont sortis que longtemps après l'heure indiquée, et qu'ils n'ont ni vu ni entendu aucun tumulte, ni vu Titius, ni entendu sa chanson et le bruit des instruments.

Il est évidemment impossible que le tumulte ait eu lieu sans avoir été vu; que la chanson ait été chantée avec accompagnement, sans que le son de la voix et le bruit des instruments aient été entendus par les personnes qui étaient dans les boutiques ouvertes, sur le lieu de la scène. Les témoins affirmatifs ou négatifs en imposent donc à la justice, Mais lesquels? Si l'on ne peut convaincre d'imposture les uns plutôt que les autres, il faut bien en revenir à la maxime raisonnable, que, dans le doute, et faute de preuves, on doit prononcer en faveur de l'accusé.

Le lecteur intelligent trouvera facilement une foule d'exemples semblables. Bannissons donc pour toujours cette fausse doctrine qui prétend donner la préférence aux témoins affirmatifs sur les négatifs.

FIN DU TOME IX (ÉD. FR.).

LE

DROIT CIVIL

FRANÇAIS,

SUIVANT L'ORDRE DU CODE CIVIL.

SUITE DU LIVRE TROISIÈME.

DES DIFFÉRENTES MANIÈRES DONT ON ACQUIERT LA PROPRIÉTÉ.

TITRE III.

DES CONTRATS OU OBLIGATIONS CONVENTIONNELS EN GÉNÉRAL.

CHAPITRE VI. SECTION III.

Des Présomptions (1).

NOTIONS PRÉLIMINAIRES.

De la nature et du fondement des présomptions, et des preuves judiciaires en général.

SOMMAIRE.

1. Transition. Nature des preuves judiciaires. Leur force consiste dans les conséquences qu'on tire d'une vérité connue.
2. Dans les questions de droit, la preuve peut aller jusqu'à une démonstration parfaite
3. Exemple tiré de la question de savoir si les ventes faites par l'héritier apparent sont valides ou non.
4. Dans les questions de fait, la preuve peut rarement être portée jusqu'à la démonstration, et pourquoi.
5. On pourrait trouver une démonstration dans l'uniformité des témoignages, si le concert des témoins était impossible.
6. La démonstration doit être conforme aux règles du syllogisme.
7. Il faut y réduire les preuves judiciaires et les présomptions, pour en apprécier la force et la faiblesse.
8. Il faut surtout y réduire la preuve testimoniale, qui ne peut guère former une démonstration.
9. Non plus que la preuve littérale, et pourquoi.
10. Les preuves judiciaires sont toutes insuffisantes pour s'assurer de la vérité. Mais la crédulité des juges est souvent excessive.
11. Trois espèces de vérités : celles de la religion, objet de la foi ; vérités historiques : personne n'est tenu d'y ajouter foi ; vérités judiciaires.
12. Les preuves de ces dernières, longtemps abandonnées à l'arbitraire du magistrat, tant sur le fait que sur le droit.
13. Il exista des magistrats avant qu'il existât des lois. Ils jugeaient arbitrairement.
14. Répression de cet arbitraire sur les questions de droit, par l'établissement des lois.

(1) *Voy.* liv. 4, tit. 4, *des Présomptions.*

1. Après la preuve testimoniale, qui n'est elle-même fondée que sur des présomptions (1), mais qui néanmoins peut quelquefois donner une certitude morale, le Code passe aux présomptions en général, qui ne sont pas autre chose que des conjectures fondées sur les conséquences qu'on tire d'un fait connu à un fait inconnu. Il est d'autant plus important, d'autant plus nécessaire de rechercher et de connaître la nature et les sources des présomptions, que, suivant la remarque judicieuse du profond Domat (2), toutes les preuves judiciaires ont cela de commun, que leur force consiste dans la conséquence qu'on peut tirer de quelque vérité connue, pour en conclure la vérité dont on cherche la preuve.

2. Il peut y avoir deux choses à prouver dans une contestation soumise aux jugements des tribunaux : le droit et le fait. Si le fait, qui est la matière du procès, est constant et reconnu, il reste à savoir s'il existe une loi qui lui soit applicable ; c'est ce qu'on appelle la question de droit.

S'il existe une loi claire et précise, il suffit d'en présenter le texte aux juges et de leur faire voir qu'il doit être appliqué au cas proposé, par une juste conséquence du fait reconnu ou déjà prouvé.

Si le texte est obscur ou équivoque, il faut le rendre clair par l'interprétation ; il faut en fixer le véritable sens, en le rapprochant des autres dispositions de la loi, en le combinant avec les autres textes.

Si la lettre du texte ne paraît pas directement applicable ; si la loi se tait ou paraît se taire, il faut avoir recours à l'analogie, c'est-à-dire aux inductions tirées des autres textes analogues à la question dont il s'agit ; enfin à l'équité, qui est le retour à la loi naturelle, dans le silence de la loi positive.

Tous ces arguments appartiennent proprement à la logique ou à l'art de raisonner ; ils peuvent, lorsqu'on part d'un principe sûr et reconnu, d'où l'on tire des conséquences bien déduites et nécessaires, former une démonstration aussi complète que les démonstrations mathématiques, parce que, comme dans celles-ci, les principes ne dépendent pas de la volonté inconstante de l'homme : tout consiste, comme dans les autres sciences, à ne partir que de principes certains, à n'en tirer que des conséquences justes.

3. On demande, par exemple, si le véritable héritier peut revendiquer, contre les tiers acquéreurs de bonne foi, les immeubles aliénés par l'héritier putatif ou apparent, qui s'était mis de bonne foi en possession de l'hérédité, dans l'absence du premier, dont il ignorait l'existence et les droits. Aucun des faits n'étant douteux, voilà une question de droit.

Aucune loi française ne la décide positivement. On allègue, pour la négative, la faveur ou la protection due aux tiers qui ont acquis

(1) *Voy.* Domat, p. 245.

(2) Préambules sur le titre *des Preuves et Présomptions*. Cette remarque a été adoptée par le chancelier d'Aguesseau, plaidoyer 23, t. 2 de ses OEuvres, p. 338 et suivantes. (*Voy.* Pothier, nº 806, *des Oblig.* ; Dalloz, vº *Présomptions*, nº 3.)

de bonne foi de celui à qui la succession paraissait dévolue, et qu'on regardait publiquement comme le véritable héritier.

On allègue encore la bonne foi de l'héritier apparent, à qui la loi déclarait que la succession lui était dévolue, et qui peut-être ignorait l'existence d'un héritier plus proche, appelé en concurrence avec lui.

Mais suivant un principe aussi ancien que l'établissement de la propriété permanente, rappelé et consacré dans les art. 2125 et 2182 du Code, la propriété d'autrui ne peut être transférée sans le fait du propriétaire, et ceux qui n'ont sur l'immeuble qu'un droit résoluble, ne peuvent transmettre qu'un droit également résoluble.

Or, suivant un autre principe également très-ancien, également consacré par le Code, art. 724, le véritable héritier est saisi de plein droit et propriétaire des biens, droits et actions du défunt, dès le moment de son décès. L'héritier putatif, même de bonne foi, n'a qu'un droit résoluble par la présence du véritable héritier : il n'a donc pu transférer à ses acquéreurs qu'un droit également résoluble. La conséquence est nécessaire et la démonstration parfaite, à moins qu'il n'existe une exception au principe en faveur de l'héritier apparent.

Or, loin de faire cette exception, le Code qui, dans l'art. 136, dit « que s'il s'ouvre une succession à laquelle soit appelé un individu dont l'existence n'est pas reconnue, elle sera dévolue exclusivement à ceux avec lesquels il aurait eu le droit de concourir, ou à ceux qui l'auraient recueillie à son défaut, » réserve expressément au premier, dans l'art. 137, la pétition d'hérédité par laquelle est résolu le droit de l'héritier apparent. Le droit qu'il avait conféré à ses acquéreurs est donc également résolu, par une conséquence nécessaire du principe consacré dans l'art. 2125, que celui qui n'a sur des immeubles qu'un droit résoluble en certains cas ne peut conférer que ces droits soumis à la même résolution. Cette démonstration est aussi parfaite que les démonstrations qu'on peut avoir d'une vérité dans les sciences exactes, parce qu'elle n'est que la conséquence nécessaire d'un principe fixe et certain, que la volonté des hommes ne peut changer.

Il en est autrement dans les questions de fait : on ne peut jamais, ou du moins très-rarement, avoir des démonstrations parfaites ou des preuves rigoureuses. Les preuves du fait n'en ont pas moins cela de commun avec les preuves du droit, et même avec toutes les preuves en général, que leur force consiste dans les conséquences qu'on peut tirer de quelque vérité connue, pour en conclure celle dont on cherche la preuve.

Mais dans les questions de droit, comme dans les sciences exactes, on part toujours d'un principe sûr, d'un fondement fixe et immuable, dont les conséquences sont également fixes et certaines, quand le raisonnement est juste. La certitude du principe, et celle des conséquences, sont également indépendantes de la volonté et du caprice des hommes (1).

4. Au contraire, dans les preuves de fait, le principe d'où l'on part n'est presque jamais sûr, et les conséquences qu'on en tire, pour affirmer l'existence du fait douteux, sont rarement nécessaires, parce que cette existence dépend presque toujours de la volonté inconstante et capricieuse de l'homme.

Il suffit, pour s'en convaincre, de jeter un léger coup d'œil sur les différentes manières de prouver les faits. Nous ne pouvons connaître ceux qui se sont passés hors de notre présence que par des écrits où ils sont consignés, par le témoignage verbal de ceux qui les ont vus, ou enfin par des présomptions, c'est-à-dire par les conséquences que nous tirons d'un fait connu à un fait inconnu, par la liaison qu'ils ont entre eux.

Or nous avons fait voir ailleurs que la preuve littérale se réduit, en dernière analyse, à la preuve testimoniale, et qu'elle n'en diffère que par la manière dont le témoignage est donné. Il faut ajouter que la preuve littérale, même authentique, peut être détruite par la preuve testimoniale, lorsqu'on allègue contre les actes, le faux, la fraude, la simulation. D'un autre côté, il est certain, il est reconnu que le témoignage des hommes n'est point par lui même un critère infaillible de vérité, parce qu'il n'existe pas de liaison nécessaire entre le récit des témoins et la vérité des faits qu'ils attestent; parce que, au contraire, l'expérience de tous les siècles prouve non-seulement qu'ils se trompent souvent, mais encore qu'ils cherchent à tromper, à déguiser ou à trahir la vérité.

Sur quoi est donc fondée la foi que nous accordons à leurs témoignages? Sur les conséquences que nous pouvons tirer du principe naturel des actions de l'homme, de la connaissance des causes qui le font agir, suivant le cours ordinaire de la nature. Nous présumons du bon sens et de l'intelligence du témoin qu'il ne s'est pas trompé, et de sa probité qu'il ne trompe pas. Nous en concluons que le fait qu'il atteste est vrai : ce raisonnement est juste en théorie. Et si je pouvais m'assurer qu'un témoin, même unique, a bien vu, et qu'il a voulu me dire vrai, son témoignage pour moi deviendrait infaillible. Ce n'est qu'en proportion des degrés de cette double assurance que croît ma persuasion; mais elle ne s'élèvera jamais jusqu'à une pleine conviction, fondée sur une démonstration, tant que le témoignage sera

(1) Le législateur peut changer le principe en abrogeant la loi ; mais il ne peut le faire que pour l'avenir et non pour le passé.

unique, parce que, quelque connaissance que j'aie du cœur humain, je ne le connaîtrai jamais assez parfaitement pour être assuré d'en deviner les divers caprices et tous les ressorts mystérieux qui le font mouvoir. La déposition d'un seul témoin ne peut donc par elle-même produire qu'une probabilité, et jamais une certitude.

Mais ce que je chercherai vainement dans un témoignage unique et isolé, le trouverai-je dans le concours de plusieurs? Non encore, tant que je ne ferai que considérer la probité et la sincérité de chaque témoin en particulier; car enfin, quelque véridique qu'un homme ait été dans le cours de sa vie, il ne sera jamais que probable qu'il ne m'en impose point sur le fait qu'il rapporte, parce qu'il m'est impossible de connaître avec certitude s'il n'a pas quelque intérêt secret à m'en imposer. On ne peut donc appuyer une démonstration parfaite sur la seule connaissance du cœur de l'homme, fût-ce de Xénocrate lui-même, parce que la conséquence qu'on peut tirer de son intégrité, de sa véracité passée à sa véracité actuelle, n'est pas absolument nécessaire.

5. Mais au lieu de me borner aux conséquences qu'on peut tirer du principe naturel des actions de l'homme, à la connaissance toujours utile du cœur de chaque témoin, à l'investigation de sa vie passée, de son intégrité, de sa probité, si je compare les témoignages et les témoins; si j'en trouve plusieurs qui soient d'accord, non-seulement sur le fait à prouver, mais encore sur tous ses détails, sur toutes les circonstances; si je puis en outre m'assurer qu'ils n'ont pu se concerter, je puis alors conclure, avec une entière assurance, que la vérité seule a pu les réunir, parce que, suivant ses lois immuables que suivent les esprits, il est aussi impossible que deux témoins, qui ne se sont point concertés, s'accordent sur un fait, sur tous les détails et les circonstances de ce fait, qu'il est impossible que deux peintres qui travaillent séparément à faire un tableau sur le même sujet se rencontrent sur tous les détails de l'action et sur les ornements épisodiques. Il y a ici démonstration parfaite, parce qu'elle a pour fondement la conséquence nécessaire d'un principe invariable, qui prend sa source dans les lois immuables de la nature. Je n'ai pas même alors besoin de m'enquérir des mœurs et de la probité de chaque témoin, de savoir s'ils sont ou non intéressés dans l'affaire, amis ou ennemis de l'une des parties. La diversité même de leurs passions et de leurs intérêts ne sert qu'à rendre plus inébranlable le fondement de ma certitude; car, plus les témoins sont animés de passions différentes, plus leurs intérêts sont opposés, moins il est possible qu'ils se soient accordés sur les détails et les circonstances du fait, plus il est évident que la vérité seule a pu les réunir.

Ce raisonnement est de la plus exacte justesse dans la théorie; mais malheureusement il ne peut jamais donner, dans la pratique, qu'une démonstration imparfaite, parce qu'on ne peut jamais, si ce n'est dans des cas extrêmement rares, s'assurer que les témoins ne se sont pas concertés, qu'ils n'ont pu se concerter. Souvent même trop de conformité dans les dépositions, loin de porter l'empreinte de la vérité, ne fait qu'éveiller la défiance ou le soupçon, que déceler la subornation de témoins, qui répètent une leçon concertée d'avance et apprise par cœur.

6. C'est ici le lieu d'insister sur une vérité très-ancienne, reconnue par les plus grands génies, par les philosophes les plus distingués, tels que Leibnitz (1): c'est qu'une démonstration, pour être bonne, même dans les mathématiques, doit être conforme aux règles du syllogisme. Cette vérité, applicable à toutes les sciences, l'est surtout à la jurisprudence et aux preuves judiciaires, dont toute la force ne consiste que dans la conséquence qu'on peut tirer de quelque vérité connue, de quelque fait certain, pour en conclure la vérité dont on cherche la preuve, ou l'existence d'un fait inconnu et douteux; et, comme l'observe fort bien, d'après Domat, le chancelier d'Aguesseau (2), tout l'art de l'esprit humain, toute la prudence des juges dans la preuve des faits, consistent à tirer d'un fait connu une conséquence certaine, qui fasse parvenir à la connaissance d'un fait douteux.

7. Ainsi donc, pour apprécier sûrement et facilement la force ou la faiblesse d'une preuve, il faut réduire tous les raisonnements à la forme d'un syllogisme; examiner le principe dont on est parti; l'application qu'on en fait et la conséquence qu'on en tire; en un mot, la majeure, la mineure et la conséquence. Cet artifice, toujours utile, souvent nécessaire, fait aisément découvrir, dans un raisonnement, le vice qu'on avait peine à démêler et à saisir au premier coup d'œil.

Il m'est souvent arrivé d'entendre ou de lire un discours préparé avec art, et d'y admirer le vernis d'une élocution facile et brillante, la suite et l'enchaînement des raisonnements, sans cependant être persuadé, mais aussi sans pouvoir d'abord dire ni expliquer nettement le pourquoi, parce que je ne pouvais démêler clairement et précisément le vice des sophismes spécieux qui m'éblouissaient. Mais en y réfléchissant mûrement, et souvent plus d'une fois, en soumettant tout ce beau discours au creuset de l'analyse, c'est-à-dire en réduisant d'abord chaque raisonnement, puis l'ensemble des raisonnements, à la forme du syllogisme, pour

(1) *Voy. l'Encyclopéd.e, v° Démonstration.*

(2) Tome 5 de ses Œuvres, p. 558.

mieux examiner le principe d'où l'on était parti, l'application qu'on en faisait, la conséquence qu'on en tirait, le vice de chaque raisonnement et de leur ensemble, qui s'était d'abord dérobé à mon esprit, se découvrait de lui-même avec une évidence telle, que ma réfutation devenait une démonstration; car la raison humaine n'a jamais autant de force que lorsqu'il s'agit de réfuter.

Cette même analyse, qui met à découvert la faiblesse d'un discours, en fait aussi sentir la force et la beauté. Les maîtres de l'art ont remarqué avec raison que le chef-d'œuvre de l'éloquence latine, *la Milonienne*, se réduit à un syllogisme.

8. C'est surtout pour apprécier la force ou la faiblesse des preuves judiciaires et des présomptions, qu'il est toujours utile et souvent nécessaire de les réduire à cette forme. Nous avons vu, par exemple, que la preuve testimoniale est fondée sur deux présomptions, l'une de l'intelligence, l'autre de l'intégrité du témoin, et surtout sur l'impossibilité que deux ou plusieurs personnes, qui ne se sont pas concertées, s'accordent sur un fait qu'elles attestent, sur les détails et sur les circonstances de ce fait.

Le raisonnement sur lequel se fonde la preuve testimoniale se réduit donc à celui-ci : Tout homme est doué d'une intelligence suffisante pour observer un fait et le raconter tel qu'il l'a vu. D'un autre côté, tout homme intègre ne trahit point la vérité sans y être porté par intérêt ou par quelque passion; enfin, il est impossible que deux personnes s'accordent dans le récit d'un fait, si elles ne se sont pas concertées.

Or tels et tels témoins sont intelligents et intègres. On ne connaît contre eux aucun moyen de reproche (1). Rien n'annonce qu'ils se soient concertés pour raconter de la même manière le fait qu'ils attestent.

Donc le fait est vrai.

Il est évident que cette conséquence n'est point contenue dans les prémisses. Sans examiner la majeure, qui est vraie au moins par abstraction, la mineure est évidemment incertaine dans tous les points, parce qu'il est impossible d'avoir une entière certitude de l'intégrité d'un homme et de ses sentiments secrets, parce que sa conduite extérieure passée n'est point une garantie assurée de sa conduite présente ou future; parce que, si l'on ne connaît pas contre lui de moyen de reproches, on ne saurait en conclure qu'il n'en existe pas; parce qu'en fait, s'il n'y a pas de preuve du concert des témoins, il n'en résulte pas nécessairement qu'ils ne se sont point concertés. La preuve testimoniale ne peut donc presque jamais former une démonstration parfaite.

9. Il en est de même de toutes les preuves judiciaires (2), sans en excepter la preuve littérale, qui n'a pour fondement que la preuve testimoniale, et qui n'en diffère que par la manière dont les témoignages sont reçus, comme nous l'avons plusieurs fois observé (3). L'acte authentique lui-même, revêtu de toutes les formalités requises, ne saurait former une démonstration de la vérité des faits qu'il contient; il n'en peut résulter que des probabilités. Sa force probante a pour fondement la présomption que deux officiers publics, ou même un seul, accompagné de deux témoins, chargés par la loi de recevoir les actes les plus importants de la vie civile, ne manqueront point à leurs devoirs au point d'attester un faux au préjudice d'un tiers.

Mais je ne puis en conclure nécessairement que l'acte soit vrai; car j'ai vu plusieurs notaires convaincus de faux et punis comme tels.

Ajoutez à cela qu'il est notoire et certain que la plupart des notaires, je dirai presque tous, font journellement des faux en écritures publiques, afin d'éluder les sages précautions exigées par la loi, pour donner à leurs actes le caractère de l'authenticité; qu'ils mentent impudemment dès les premières lignes de leurs actes, en attestant qu'ils ont été passés en présence d'un autre notaire ou de deux témoins. Ils conviennent ingénument de cette habitude criminelle, dont ni la crainte des peines infamantes qui les menacent (4), ni la religion, ni l'honneur, ne peuvent les corriger (5).

Je le demande à tout lecteur sensé, comment la foi d'hommes tellement endurcis dans le crime du faux pourrait-elle être un critère de vérité?

10. Les présomptions tirées d'une autre source que les actes écrits, et le témoignage des hommes, ont encore moins de force. Il n'est donc que trop vrai, et telle est la triste condition de la nature humaine, que toutes les preuves judiciaires ne sont point des preuves rigoureuses, en

---

(1) La loi présume l'intégrité, l'intelligence et le défaut de concert, lorsque le contraire n'est pas prouvé. *Si careat suspicione admittendus est.*

Oui, mais seulement pour admettre le témoin à déposer. En même temps, elle recommande aux juges de l'examiner; elle ne les astreint point à ajouter foi à son témoignage.

(2) *Voy.* d'Aguesseau, t. 2, p. 538.

(3) T. 4 (VIII, éd. fr.).

(4) *Voy.* l'arrêt de la cour de cassation, du 15 juillet 1819, et ce que nous avons dit dans le 4e volume (VIII, éd. fr.), n° 78, p. 253.

(5) Et les magistrats le savent, et le ministère public, spécialement chargé de veiller à l'exécution des lois, se tait et tolère cette infraction publique et notoire des lois qui intéressent directement l'ordre social. Il y connive scandaleusement; il l'autorise même par son silence.

Je n'ai vu qu'un seul magistrat frappé de ce désordre et désirant vivement le faire cesser : c'était le vertueux Mounier, préfet du département d'Ille-et-Vilaine. Il déplorait, dans l'amertume de son âme, cette criminelle habitude du faux, il en était profondément contristé. Mais son pouvoir ne s'étendait pas sur les notaires.

ce sens que, ne pouvant former une démonstration parfaite, elles ne sauraient forcer notre assentiment.

Faut-il donc conclure de leur insuffisance pour découvrir la vérité d'une manière certaine, qu'elles ne doivent pas nous servir de règles de conduite? Non, certes; ce serait une grande et dangereuse erreur. Si telle est, d'un côté, la nature des preuves judiciaires, qu'il n'en est point d'infaillibles, de capables de former une démonstration parfaite; telle est, d'un autre côté, la nature de l'homme, que, loin d'attendre une démonstration pour être persuadé et pour croire, sa crédulité est au contraire tellement excessive, que trop souvent la sagesse, la raison et l'humanité ne suffisent pas pour contenir la crédulité des juges dans de justes bornes. Combien de condamnations scandaleuses, combien d'assassinats juridiques occasionnés, dans tous les siècles, par leur coupable crédulité! Non-seulement on croit trop facilement les faits, mais on en tire encore des conséquences contraires à toute raison, pour prêter à un malheureux accusé, par des interprétations absurdes et conjecturales, des intentions criminelles, et pour l'envoyer au supplice malgré son innocence.

Tantum credulitas potuit suadere malorum!

C'est ce qu'on peut observer surtout dans ces cruels paroxysmes d'inquisition, soit religieuse, soit politique, qui reviennent par intervalles affliger au moral les nations civilisées, comme au physique ces contagions pestilentielles qui menacent de les détruire. Les moindres apparences deviennent alors des crimes. Les plus faibles indices, les témoignages les plus suspects, les plus vils, sont des preuves convaincantes. On en vient au point d'admettre en témoignage les espions délateurs qui ont provoqué à un délit imaginaire, en feignant d'y prendre part.

Nous ne pouvons donc assez prémunir les élèves de Thémis contre cette crédulité condamnable qu'elle désapprouve, et qui déshonore, dans l'opinion publique, les juges qui s'y abandonnent par ignorance ou par corruption.

11. Mais aussi ne portons pas le scepticisme au point de ne rien croire, parce que nous ne pouvons pas nous procurer des preuves rigoureuses de tout. Indépendamment des vérités dont s'occupent les sciences exactes, on peut en distinguer de trois autres espèces: les vérités de la religion, les vérités historiques et les vérités judiciaires.

Les vérités de la religion sont d'un ordre supérieur; elles sont mieux connues par la foi que par le raisonnement; elles sont l'objet de la théologie. Nous n'avons point à nous en occuper.

Les vérités historiques sont des vérités contingentes, des faits qui ont pu arriver ou ne pas arriver, qui pouvaient exister ou ne pas exister. Nous ne les connaissons que par le témoignage des historiens contemporains, qui ont pu les voir, mais qui, le plus souvent, ne les rapportent que sur la foi d'autrui, sur des bruits publics et populaires, et quelquefois sur des conjectures; d'ailleurs ils ne s'accordent pas toujours entre eux.

L'art de démêler le vrai du faux, au milieu de leurs récits obscurs et souvent contradictoires, d'apprécier le degré de possibilité et de vraisemblance des faits, suivant le poids des témoignages, suivant le caractère des historiens, d'apprécier leurs conjectures, de les comparer entre eux, et de les juger l'un par l'autre, est un des objets de la critique. Mais quel que soit ce jugement, personne n'est obligé d'y souscrire; et comme rien ne nous force à nous décider, nous pouvons toujours, sans inconvénient, rester dans le doute, ou rejeter les faits comme fabuleux; d'autant mieux que le témoignage des historiens qui les rapportent, rendu même quelquefois dans leur propre cause, n'a point été recueilli publiquement en présence de la justice (1), soumis à la discussion de la partie intéressée, et qu'aucune précaution n'a été prise pour s'assurer préalablement de leur intégrité et de la vérité de leurs récits et de leurs dépositions. De là, ce mot connu d'un philosophe très-ingénieux: *L'histoire n'est qu'une fable convenue.*

12. Les vérités judiciaires, qui sont la matière des questions de fait, sont, comme les historiques, des vérites contingentes. « Ce ne sont pas, » dit d'Aguesseau, tome 2, page 538, des vérités » naturelles et immuables; mais des vérités po» sitives et arbitraires, dépendantes de l'incon» stance de la volonté des hommes, et comme » elles sont incertaines par leur nature, les » preuves sur lesquelles elles sont fondées ne » peuvent jamais avoir le caractère de fermeté » et d'évidence capable de produire une convic» tion entière et de former une démonstration » parfaite. »

Ou, si l'on veut, ces vérités sont incertaines, parce qu'on n'en peut donner de preuves rigoureuses; parce que nous n'en pouvons connaître l'existence par une démonstration parfaite. Aussi pouvons-nous remarquer, et cette remarque n'est point sans utilité, que l'effet des preuves judiciaires fut pendant longtemps abandonné à l'arbitraire des magistrats, à ce qu'on appelle leur prudence. Ce n'est que lentement, et par des progrès d'abord inaperçus, que s'est formé successivement cet ordre admirable établi par les lois dans les sociétés civilisées.

13. On a dit qu'un État se passerait plutôt de lois que de magistrats: cela est vrai sous certain point de vue. Dès le berceau de la société, il y eut des magistrats; car c'est l'établissement

(1) Ce qui est fort important. Voyez *supra* (t. IX, éd. fr.), n° 306.

d'une puissance publique, pour la sûreté des associés et pour les maintenir en paix, qui constitue et qui caractérise l'état civil, dont la première loi est que nul associé ne se fera justice par lui-même, mais qu'il la demandera aux dépositaires de la force publique.

Ces dépositaires, c'est-à-dire les magistrats, jugeaient donc les contestations qui s'élevaient entre les associés, avant même qu'on eût établi des lois pour décider comment devaient être jugées ces contestations, et pour établir sur des règles fixes les droits privés des citoyens entre eux. Tout était donc alors soumis à l'arbitraire du magistrat : la question de droit et la question de fait, le fond de la contestation, c'est-à-dire le droit de chaque contendant, et la preuve du fait qui donnait lieu au procès : *omniaque manu* (1) *a regibus gubernabantur.* (L. 2, § 1, ff. *de origine juris*, 1, 2.)

14. On sentit vivement à Rome les abus d'un pareil arbitraire, que les consuls et les patriciens s'efforcèrent vainement de maintenir et de perpétuer, pour contenir le peuple dans une obéissance aveugle et le forcer de recourir à eux comme à des patrons nécessaires. Voyez sur cela un passage curieux de Denys d'Halicarnasse, au commencement du 10e livre (2). On fit donc des lois pour établir les droits des citoyens sur des règles fixes. On en fit de nouvelles à mesure que le besoin s'en faisait sentir, et il fut d'autant plus difficile aux magistrats de s'en écarter, que ces lois étaient connues de tout le monde, et qu'on finit par donner aux juges, pour assesseurs et pour conseils, des hommes instruits dans la science des lois (3). Les questions de droit ne furent donc plus arbitraires.

15. Mais il n'en put être ainsi des questions de fait. Nous avons vu que les preuves des faits qui font la matière des contestations judiciaires ne sauraient jamais avoir le caractère d'évidence capable de produire une entière conviction et de former une démonstration parfaite. Le résultat ou l'effet de ces preuves demeura donc, par leur nature, abandonné à la prudence du juge, ou plutôt à l'impression qu'elles produisaient sur son esprit ou sur sa croyance. Or, si nous réfléchissons sur les motifs de crédibilité, c'est-à-dire sur les motifs qui déterminent les hommes à croire, l'expérience et l'observation nous démontrent qu'ils ne se déterminent pas tous par les mêmes motifs ; que tel motif, qui fait sur l'esprit de l'un l'impression la plus vive et la plus déterminante, n'en fait aucune sur l'esprit d'un autre ; bien plus, que le même motif de crédibilité n'agit pas également sur le même homme, dans tous les temps, à tous les âges. Ainsi, voilà la décision des contestations judiciaires retombée, quant à la question de fait, dans l'arbitraire d'où la loi l'avait tirée, quant à la question de droit. La loi, et le magistrat chargé à Rome de la faire exécuter, laissaient à la prudence des juges le pouvoir arbitraire d'apprécier les preuves du fait contesté. La formule qui les nommait le portait expressément : « Soyez juge dans telle » affaire, et s'il vous paraît, *si paret* (4), que » Mævius ait vendu sa maison à Servilius, con» damnez-le, etc. »

Nous verrons bientôt, par l'exemple de Caton même, que les juges se contentaient des présomptions les plus frivoles. C'était un grand abus, mais il paraissait difficile de le déraciner ; car il semble tenir jusqu'à un certain point à l'imperfection de l'esprit humain et à la nature des preuves. On ne saurait contraindre la croyance. La loi ne peut pas plus me forcer d'ajouter foi à telle preuve, de croire un fait qui ne me paraît pas prouvé, qu'elle ne peut me forcer à voir blanc ce qui me paraît noir.

16. Cependant on parvint par degrés à restreindre cet effrayant arbitraire des juges dans l'appréciation de la preuve des faits, et à le circonscrire dans certaines bornes. Il est utile de noter et de remarquer comment et par quels degrés on y parvint.

Les jurisconsultes romains, dont la doctrine fut érigée en loi par les empereurs, et qui, par la force de la raison, sont devenus les législateurs des nations, pensèrent que, si l'on ne peut contraindre la croyance ou la foi des juges, on peut du moins lui substituer la croyance ou la

---

(1) « Id est, absque auctoritate legis est, ex arbitrio... » Sic apud Cassiodorum, L. 4, varia 10, legum reperta » est sacra reverentia, ut nihil *manu*, nihil proprio » ageretur impulsu. Tacitus dixit, L. 3, *Annal.*, c. 26, » Romulum, ut libitum Romanis imperitasse, quod et de » omnibus populi romani regibus adfirmavit Dionysius » Halicarnass. L. 10, P. M. 627... Imperitarunt scili» cet, quo jure ipsis videbatur, non ex lege, non ex » formula quæ arbitrium coerceret. » *Voyez* Bynkershoek, *prætermissa ad leg. 2. de orig. juris, ad* § 1.

(2) Voici le passage de Denys d'Halicarnasse, au commencement du liv. 10 de ses *Antiquités*. Il parle des consuls P. Volumnius et Ser. Sulpicius Camerinus, créés consuls l'an de Rome 293 :

« Hi nullum eduxerunt exercitum vel ad ulciscendas » suas, sociorumve injurias, vel ad res imperii tutan» das. Tantum intra mœnia curabant, ne quam novam » seditionem plebs contra senatum moveret, turbabatur » enim rursus a suis tribunis, asserentibus nihil esse » liberæ civitati convenientius quam æquum jus agendi » de republica : eoque volebat omnia tam privatim quam » publice ex legum præscripto geri. Nondum enim erat » apud Romanos jus æquum omnibus civibus, nec omni» bus ex æquo dicendi potestas erat, nec tabulis relata » erant jura omnia ; sed olim quam diu regnatum est in » urbe, regum arbitrio lites dirimebantur ; et quod jus» tum illi judicassent, id erat pro lege. Translato deinde » a regibus ad annuos consulatus imperio, inter cætera » officia regi juris quoque reddendi munus ad eos de» venit : ita ut quacumque de re orta esset inter cives » controversia, illi de jure responderent, etc. » P. 627, éd. Wech., 1586.)

(3) *Voy.* la loi 1, ff. *de officio adsessorum*, 1, 22.

(4) *Voy.* Heineccius, *Antiquit.*, lib. 4, tit. 6, nº 41, et tit. 17, nº 1.

présomption de la loi qui, par des considérations d'ordre public, pour maintenir la paix de la société et tarir la source de mille procès, déclare, en plusieurs cas, qu'elle tient pour vraies les conséquences qu'elle tire d'un fait certain et connu, quelquefois même d'un fait douteux. Ce jugement, prononcé d'avance par la loi, fait cesser les doutes et les incertitudes; il tranquillise la conscience du juge, qui n'a plus à examiner la justesse de la conséquence tirée par la loi, et qui est obligé de la regarder comme une preuve suffisante, à laquelle il est contraint de conformer son jugement, quand même il ne serait pas personnellement persuadé ou convaincu. En cela, sa conscience ne peut être gênée, car il ne fait qu'appliquer une disposition de la loi : c'est ce qu'on appelle une *présomption légale*.

17. C'est ainsi que, si l'acte de célébration du mariage de deux époux est représenté en due forme, la loi présume que l'enfant conçu pendant le mariage est le fils du mari : *Pater is est quem nuptiæ demonstrant*. Le juge ne peut se dispenser de le déclarer légitime, quelque motif qu'il puisse avoir de croire qu'il ne l'est pas.

C'est ainsi encore que le juge est obligé de se conformer à l'autorité de la chose jugée. *Res judicata pro veritate accipitur*. (L. 207, ff. *de reg. jur.*)

18. Au reste, l'appréciation de toutes les présomptions qui n'étaient pas établies par la loi, et même l'appréciation de la preuve testimoniale (1), demeurera toujours à l'arbitraire ou à la prudence des juges. Il paraît en effet impossible de leur enlever l'appréciation de la preuve testimoniale, qui ne tire sa force, comme nous l'avons dit plusieurs fois, que de la double présomption de l'intelligence et de l'intégrité des témoins. Ne pouvant les connaître, la loi ne pourrait aussi, sans choquer la raison, tenir pour vrais les faits attestés par tel nombre de témoins, sans ajouter la condition nécessaire, si ces témoins et leurs témoignages sont dignes de foi; condition qui confie inévitablement l'appréciation des enquêtes à la discrétion prudente, mais toujours un peu arbitraire du juge.

Pour diminuer cet arbitraire autant que possible, les lois romaines donnent aux juges les conseils les plus sages sur la foi que peut mériter un témoin; elles leur indiquent les qualités qu'ils doivent surtout examiner pour mieux juger de son intégrité; et quant aux personnes que la loi présumait indignes de foi, elle défendit aux juges de recevoir leur témoignage. Enfin, elle leur défendit de regarder comme preuve suffisante un témoignage unique, et d'en croire un seul témoin : *Sancimus ut unius omnino testis responsio non audiatur* (2). (L. 9, Cod., *de testib.*, 4, 20.)

Les lois françaises portèrent la défiance plus loin; elles défendirent aux juges de recevoir en matière civile la preuve par témoins, quand il s'agissait d'une valeur excédant 100 liv. tournois, et suivant le Code civil, 150 fr. (3).

Ainsi, les lois fixèrent des cas où les juges ne devaient pas admettre la preuve testimoniale; elles leur défendirent d'entendre, dans tous les cas, certaines personnes en témoignage; mais elles ne leur ordonnèrent en aucun cas d'ajouter foi à la déposition des témoins. Ils ne sont point liés par le résultat des enquêtes; en sorte que si, dans leur jugement, ils n'y ont point d'égard, s'ils ne tiennent point pour prouvés des faits attestés par plusieurs témoins non reprochés, il peut y avoir mal jugé, mais non pas contravention à la loi.

19. Les lois romaines ne donnèrent pas plus de force à la preuve littérale qu'à la preuve testimoniale. *In exercendis litibus, eamdem vim obtinent tam fides instrumentorum quam depositiones testium*. (L. 15, C., *de fide instrum.*, 4, 21.) Justinien veut même que la preuve testimoniale l'emporte sur la littérale, quand il s'agit de savoir laquelle des deux doit prévaloir (4).

Cette disposition, suivie autrefois en France, *voy.* tome 4, n° 631, et ci-dessus (t. IX, éd. fr.), n° 21, fut abrogée par l'ordonnance de Moulins, qui, en ordonnant de passer des actes devant notaire ou sous seing privé, de toutes choses excédant la valeur de 100 liv., et en défendant d'en recevoir la preuve testimoniale, fait clairement entendre que la preuve écrite est, aux yeux de la loi, préférable à la preuve par témoins (5).

Mais en ordonnant de passer des actes de toutes choses excédant la valeur de 100 liv., aujourd'hui 150 fr., ni cette loi, ni les lois subséquentes, rendues sur le même sujet, n'ordonnent aux juges de prendre pour certains les faits attestés ou contenus dans ces actes. Il en résultait que si les juges, sur de simples présomptions, n'avaient point d'égard à la foi due aux actes, il pouvait y avoir un mal jugé, mais non pas une contravention à la loi, ni par conséquent ouverture à cassation. Ainsi, quand l'arrêt ou la sentence était en dernier ressort, les juges pouvaient impunément n'avoir aucun égard à la foi

(1) *Voy.* ce que nous avons dit *supra* (t. IX, éd. fr.), n° 322. Thomasius, dissert. 46, cap. 2, nos 57 et 58, t. 2, p. 401.

(2) *Voy.* ce que nous avons dit *supra* (t. IX, éd. fr.), n° 317.

(3) Suivant l'édit perpétuel de 1611, trois cents livres artois.

(4) Nov. 73, cap. 3. *Voy.* ce que nous avons dit *supra* (t. IX, éd. fr.), n° 3.

(5) L'édit perpétuel de 1611 fit la même défense dans les Pays-Bas, en portant la somme à trois cents livres artois.

due aux actes, sans avoir à craindre d'autres censures que celle de l'opinion publique (1).

L'inconvénient, ou plutôt l'abus, qui résulte de l'arbitraire des juges, était universellement senti en France, avant la révolution. Tous les esprits y étaient imbus de la sage maxime de Bacon, que « la meilleure loi est celle qui laisse le moins à l'arbitraire du juge ; le meilleur juge, celui qui s'en permet le moins (2). » Montesquieu (3) avait dit que « les jugements doivent être tellement fixes, qu'ils ne soient qu'un texte précis de la loi.... que les juges de la nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi. » Ces principes, développés par son disciple Beccaria, étaient proclamés même en Russie (4) par la czarine qui régnait alors. Toutes les nouvelles lois tendirent donc à restreindre l'arbitraire des juges.

Les législateurs saisirent l'occasion de le faire cesser entièrement, en ce qui concerne la foi due aux actes. Après avoir organisé le notariat par la loi du 25 ventôse an XI (16 mars 1803) et réglé la forme des actes authentiques, l'art. 19 porte : « Tous les actes notariés *feront foi en* » *justice*, et seront exécutoires dans toute l'é» tendue de la république. »

Le Code civil, promulgué un an après, développa cette disposition et l'étendit aux actes sous seing privé : « L'acte authentique *fait foi* » *de la convention qu'il renferme* entre les par» ties contractantes et leurs héritiers ou ayants » cause. » (Art. 1319.)

« L'acte, soit authentique, soit sous seing » privé, fait foi entre les parties, même de ce » qui n'y est exprimé qu'en termes énoncia» tifs. » (Art. 1320.)

Ce n'est qu'en cas de plainte ou d'inscription de faux que la foi due à l'acte et son exécution peuvent être suspendues ; et si les tribunaux ou les cours se permettaient, par tout autre motif, de n'avoir point d'égard à la foi due aux actes, et d'en suspendre l'exécution, leur jugement ou arrêt serait infailliblement cassé, car la loi serait violée.

C'est ici, nous devons le remarquer, un pas de plus fait par le Code pour mettre les droits des citoyens à l'abri de l'arbitraire des juges.

20. Il en a fait un autre plus remarquable.

Ni les lois romaines, ni les lois françaises antérieures n'avaient songé à restreindre le pouvoir arbitraire des juges, en ce qui concerne les présomptions qui ne sont point établies par la loi. Il est en effet impossible de prescrire au magistrat des règles impératives sur l'appréciation des présomptions. Ce sont toujours des cir-

---

(1) La violation d'un acte donne-t-elle ouverture à cassation ?

La cour de Bruxelles a décidé cette question affirmativement par l'arrêt suivant, du 3 mars 1821 :

« Attendu que, d'après la jurisprudence des arrêts » de cassation de France, rendus tant avant que depuis » l'émanation de la loi du 16 septembre 1807 (jurisprudence qui, loin d'être contredite par les arrêts de cassation de cette cour, est plutôt confirmée par celui du » 31 octobre 1815), la violation de la loi des contrats et » autres actes donne ouverture à cassation, lorsque l'arrêt ou le jugement attaqué, au lieu d'interpréter uniquement le sens des clauses obscures ou équivoques » que ces actes renferment, décide directement contre » leur teneur claire et précise, et par ce moyen juge » ouvertement le contraire de ce que le contrat ou l'acte » qui fait une des bases de la contestation a expressément prévu et clairement réglé ;

» Attendu que, dans l'espèce, Guillaume Joseph V***, » fondateur du majorat, a, par l'art. 150 de l'acte d'érection, conforme à l'octroi, ordonné que pour compléter ce majorat les acquisitions devaient avoir » pour objet des biens-fonds..., et que par l'article 151 » de cet acte il est encore prescrit que, pour faire quelques acquisitions de ce genre, le fiduciaire Philippe » Norbert V*** pouvait au besoin lever des capitaux.., » mais sous la condition expresse que, dans les contrats » d'achat et de réalisation y relatifs, il sera toujours inséré que l'acquisition se fait pour être annexée et rester » au majorat, comme en faisant partie ;

» Attendu que le même fondateur a encore clairement exprimé cette volonté à l'art. 14 de son testament ;

» Attendu que Philippe Norbert, chargé de l'exécution » de ces volontés, s'y est ponctuellement conformé en » acquérant successivement pour le complément du majorat les terres de Mechelen, et de Jauche avec ses » dépendances, puisque, nommément dans l'acte de réalisation de cette dernière terre, en date du 10 avril 1785, » il déclare que l'acquisition est faite par lui pour être » annexée et faire partie de la portion de 24,000 flor. de » revenu annuel dans le majorat ;

» Attendu qu'on voit évidemment, par les expressions » claires et précises contenues dans les divers actes » précités, que ni le fondateur ni le fiduciaire n'ont » jamais voulu ni entendu que... la terre de Jauche, » avec ses dépendances, ne serait entrée que pour une » partie indivise, au cas que cette incorporation eût » occasionné un excédant de revenu de 24,000 flor. fixé » pour le majorat ;

» Attendu que, ce nonobstant, l'arrêt attaqué dit » textuellement que, d'après les termes de l'octroi et de » la fondation, les immeubles repris .. n'ont pu être » annexés au majorat, ni à cet effet y être portés... qu'à » concurrence de 24,000 flor. de revenu ; que le surplus » est donc resté la propriété individuelle de Philippe » Norbert V*** ;

» Attendu que c'est d'après ces considérations que » l'arrêt a envisagé la terre de Jauche et ses dépendances comme communes entre le majorat et Philippe » Norbert V***, et que c'est en conséquence de cette » communauté qu'il en a ordonné le partage. D'où il » résulte qu'en jugeant ainsi, l'arrêt attaqué n'a pas » simplement interprété les expressions contenues dans » les actes précités, qui d'ailleurs étaient trop claires » pour pouvoir être interprétées, mais a décidé précisément le contraire de ce que lesdits actes ont expressément prévu et clairement réglé ; qu'en conséquence » il a dénaturé ces actes et nommément violé l'art. 151 » de l'acte de fondation et l'art. 14 du testament, etc. »

(2) Bacon, *de Justitia universali*, aphor. 46.

(3) *Esprit des Lois*, liv. 2, ch. 6 ; Beccaria, § 4.

(4) Par l'impératrice, dans l'instruction qu'elle donna pour la rédaction d'un nouveau Code, § 142. Ce paragraphe est une copie presque littérale de Beccaria.

constances qui leur donnent ou leur ôtent de la force. Or la loi ne peut jamais prévoir les circonstances. Les présomptions sont donc par leur nature abandonnées aux lumières et à la prudence des magistrats (art. 1353). De là une incertitude dans les jugements, telle qu'on peut assurer, sans crainte de se tromper, que la même affaire serait jugée différemment suivant les lieux, suivant les temps, selon le caractère, les lumières et l'expérience des juges, selon la couleur sous laquelle le prisme de leurs passions ou de leurs préjugés leur présenterait les faits et les personnes.

Pour restreindre autant que possible les occasions d'un si dangereux arbitraire, l'article 1353 du Code civil, par une induction naturelle de la prohibition d'admettre en certains cas la preuve par témoins, a défendu aux magistrats de juger sur de simples présomptions, si ce n'est dans « les cas seulement où la loi admet les preuves » testimoniales; » et dans ces cas-là même, elle leur prescrit de n'admettre que *des présomptions graves, précises et concordantes*, sans pouvoir, par conséquent, se contenter d'une seule présomption : dispositions nouvelles, mais infiniment sages, et que l'on doit regarder comme un grand pas vers la perfection de la législation.

21. La première de ces dispositions n'est pourtant, en réalité, que le développement ou une conséquence nécessaire de la prohibition d'admettre la preuve par témoins dans les cas déterminés par la loi; car cette preuve n'étant elle-même fondée que sur des présomptions, il y avait contradiction à permettre, dans ces mêmes cas, de juger sur des présomptions presque toujours plus faibles que celles qui résultent de la preuve testimoniale.

Cependant, aucune loi antérieure n'avait étendu aux présomptions la prohibition d'admettre la preuve par témoins en certains cas, tant les progrès de la législation et de la science sont lents.

Suivant la seconde disposition, une seule présomption ne suffit pas pour asseoir un jugement, il en faut plusieurs : il faut qu'elles soient *graves, précises et concordantes*. Un jugement motivé sur une seule présomption pourrait donc être soumis à la censure de la cour de cassation. C'est ce qui paraît résulter de l'art. 1353, qui porte littéralement que « le magistrat *ne doit* admettre que *des présomptions graves, précises* et *concordantes*, » c'est-à-dire qui s'accordent entre elles.

Le magistrat manque donc à son devoir, s'il se détermine sur une seule présomption. Le concours de plusieurs est nécessaire pour donner de la consistance à son jugement. Une seule présomption trompe le plus souvent. C'est un hasard si elle se trouve conforme à la vérité. Les oracles de Thémis ne doivent pas être rendus au hasard.

Le concours de plusieurs présomptions trompe beaucoup plus rarement. Les présomptions se tirent de ce qui arrive ordinairement, *ex eo quod plerumque fit*. Une seule ne suffit donc pas; car de ce que tel fait est souvent accompagné de telle circonstance, on ne peut raisonnablement conclure que le fait existe, uniquement parce que cette circonstance se rencontre dans l'affaire dont il s'agit.

Mais si l'on y rencontre plusieurs présomptions tirées l'une d'un fait, la seconde d'un autre, la troisième d'un autre encore, etc., il est plus rare alors, quelquefois presque impossible, que le concours de tant de présomptions n'ait pas la vérité pour fondement. Ces présomptions réunies forment donc une preuve dont la force augmente en raison de leur nombre, et qui, si elle n'est pas rigoureuse, parce qu'elle n'a pas le caractère d'une démonstration, peut en approcher de si près que l'on court beaucoup plus de risques de se tromper en les rejetant, qu'en les prenant pour règle de sa croyance.

22. C'est donc avec sagesse que le Code impose aux magistrats l'obligation de ne prononcer que d'après le concours de plusieurs présomptions (1). C'est le seul moyen d'empêcher ces jugements, justement appelés *téméraires*, de s'introduire jusque dans le temple de la justice, et d'arrêter les esprits décisifs toujours enclins à prononcer sur de simples soupçons.

Les meilleurs esprits ne peuvent pas toujours s'en défendre. Aulu-Gelle (2) nous en donne un exemple remarquable tiré du plus grave personnage de l'antiquité. Caton, dont l'austère intégrité a passé en proverbe, tenait comme une maxime reçue par tradition, *a majoribus memoria sic accepi*, qu'entre deux plaideurs, dont l'un demandait une somme prêtée, sans prouver le prêt ni par lettres, ni par témoins, il fallait rechercher qui des deux était le plus probe, et absoudre le défendeur, si tous les deux étaient également probes ou également méchants, *si ambo pares essent, sive boni, sive mali;* mais qu'il fallait le condamner, s'il était un homme sans probité, et le demandeur un homme de bien. Ainsi, suivant Caton, la seule présomption tirée de la conduite passée des deux plaideurs suffisait pour juger un procès.

Aulu-Gelle, dans sa jeunesse, eut à juger un cas semblable. Le demandeur, homme d'une probité reconnue et d'une vie sans reproche, *inculpatissimæ vitæ*, réclamait une somme qu'il prétendait avoir prêtée, sans écrit et sans témoins, au défendeur, homme perdu de réputation, d'une vie pleine de turpitudes, et con-

(1) Il en donne l'exemple dans l'art. 1286. *Voy.* aussi le t. 4 (VII, éd. fr.), n° 336.

(2) *Noct. attic.*, lib. 14, cap. 3.

vaincu, en d'autres occasions, de fraude et de mensonge.

Ses avocats, sans nier ses mauvaises mœurs, disaient qu'il n'était pas traduit devant le censeur, seul juge compétent en ce qui concerne les mœurs, mais devant un juge qui n'avait à prononcer que sur les preuves du fait, et que le défendeur devait être absous, puisqu'il n'en existait aucune.

C'était aussi l'avis des hommes instruits et versés dans les affaires qu'Aulu-Gelle avait choisis pour conseils et pour assesseurs. Ils pensaient que la demande devait être rejetée faute de preuve. Aulu-Gelle, incertain, renvoya la cause à un autre jour, pour avoir le temps de consulter le philosophe Favorinus, qui lui rappela cette maxime de Caton, et lui conseilla de la suivre. Mais Aulu-Gelle se trouva trop jeune pour s'ériger en censeur et pour juger les mœurs des contendants. Ne pouvant cependant se déterminer à renvoyer absous un aussi méchant homme que le défendeur, il prit le parti de jurer que le fait ne lui paraissait pas clair, *juravit sibi non liquere;* manière de prononcer autorisée par les lois romaines, mais qui ne l'est pas dans notre droit français.

La maxime de Caton, qu'Aulu-Gelle nous a transmise, nous fait voir à quels écarts (1) sont sujets les plus grands génies, quand ils n'ont pas de règle pour les guider, et combien est sage la disposition du Code, qui ne permet pas au magistrat de juger sur une seule présomption.

23. Mais prenons garde ici de confondre les preuves proprement dites avec les présomptions; car si le magistrat ne doit pas juger sur une seule présomption, une seule preuve doit lui suffire. Or, comme l'enseigne fort bien Domat (2), et comme le démontre l'observation, il peut y avoir des *preuves certaines*, sans écrit et sans témoins, par la force des présomptions ou des conséquences, quand elles sont telles que sur des faits certains et connus on peut fonder des conséquences *nécessaires* de la vérité de ceux qu'il faut prouver. Voyons ce qui distingue ces espèces de preuves des simples présomptions proprement dites.

Toute présomption est fondée sur la liaison naturelle qui existe entre la vérité connue et la vérité que l'on cherche; et comme cette liaison peut être plus ou moins nécessaire, il est évident que les présomptions peuvent être aussi plus ou moins infaillibles, et que ce degré de certitude dépend du rapport qui existe entre le fait que l'on connaît et celui que l'on ignore.

Si cette conséquence est nécessaire, s'il est impossible que le premier fait soit certain et que le second soit douteux, la présomption est pour lors considérée comme la plus sûre de toutes les preuves. Elle peut produire seule une conviction parfaite dans l'esprit du juge : c'est une démonstration.

Ainsi quand, pour démontrer la fausseté d'une pièce, on justifie, par des témoignages authentiques et non douteux, que celui par lequel elle paraît signée était absent le jour que l'acte a été passé, ce seul fait est une preuve convaincante de la fausseté, parce qu'il est impossible que l'absence soit certaine et que l'acte soit véritable (3).

Ainsi, il est certain qu'un témoin n'a pu distinguer les traits d'un accusé, la couleur de ses habits, pendant une nuit obscure, s'il en était éloigné de deux ou trois cents pas.

Ainsi, dans le jugement entre les deux femmes dont chacune réclamait le même enfant comme sien, Salomon, prévoyant les mouvements que causerait dans le cœur de la mère la crainte de la mort de son enfant, et connaissant la cause par son effet, jugea par la tendresse de l'une qu'elle était la mère, et par l'insensibilité et la dureté de l'autre que l'enfant lui était étranger.

Remarquez que le jugement de Salomon était fondé sur deux faits certains, dont les conséquences concordantes formaient une preuve sûre, une véritable démonstration. La conséquence ou la présomption tirée de la sollicitude tendre et empressée de la mère pouvait être douteuse. Sans être mère, toute femme sensible se fût opposée à ce qu'on tuât l'enfant pour le partager; mais il est moralement impossible qu'une mère ait la cruauté de dire : Qu'on le coupe en deux; qu'on en donne une moitié à chacune. *Nec mihi nec tibi, sed dividatur.*

Enfin, on trouve encore l'exemple d'une preuve fondée sur des présomptions, dans le trait de cet Indien, dont nous avons parlé tom. 4 (VIII, éd. fr.), n° 6, qui, je ant son manteau sur la tête du cheval qu'il réclamait comme sien, pressa son adversaire d'indiquer de quel œil il était borgne. Surpris de cette question inattendue, et sentant l'induction qu'on eût tirée de son si-

---

(1) La maxime de Caton se réduit à ce que dit plaisamment notre fabuliste, dans la fable du *Loup plaidant contre le Renard par-devant le Singe* (liv. 2, fab. 3) :

> Le juge prétendait qu'à tort et à travers
> On ne saurait manquer, condamnant un pervers.

Cette fable, empruntée de Phèdre (liv. 10, fab. 10), est réellement une satire indirecte de la maxime de Caton, dont les conséquences conduisent au jugement du singe, c'est-à-dire, à condamner les deux contendants, si tous les deux sont également pervers.

Voyez la règle 8, *de Regulis juris*, *in sexto*, et *ibi* Dantoine. *Semel malus, semper præsumitur malus.*

(2) Sect. *des Présomptions*, n° 6. *Voy.* aussi le préambule du titre *des Preuves et des Présomptions*. D'Aguesseau, plaid. 22, t. 2, p. 338 et 395.

(3) *Voy.* Domat, titre *des Preuves;* Rolland, v° *Présomption*, n° 12.

lence, l'Espagnol répondit au hasard : *De l'œil gauche*. — Et moi, dit l'Indien, j'affirme qu'il n'est pas borgne.

L'ignorance de l'état du cheval dans le premier, jointe à la connaissance parfaite qu'en avait le second, fit connaître évidemment et conclure que le cheval appartenait à celui-ci. La conséquence était nécessaire; car il est impossible qu'un cultivateur qui se sert journellement d'un cheval soit dans une telle ignorance de son état qu'il le croie borgne, quoiqu'il ne le soit pas (1).

24. Mais s'il n'y a point de conséquence absolument nécessaire entre le fait certain d'où l'on tire la présomption, et le fait inconnu que l'on veut prouver, la présomption n'est que probable ou vraisemblable; ce n'est, à proprement parler, qu'une conjecture (2).

Il y a donc deux sortes de présomptions : les unes qui se tirent par une conséquence *nécessaire* d'un fait certain. On leur donne le nom de *preuves*, parce qu'elles établissent la vérité du fait qui était douteux ou contesté.

Les autres, qui retiennent le nom de présomptions, et qui sont tirées d'un fait certain, mais par une conséquence non nécessaire, et qui, par cette raison, ne sont que des conjectures sans certitude, et insuffisantes pour établir une preuve sûre de la vérité.

Ainsi, il est fort important de connaître les présomptions de la première espèce, qui ont force de preuve, et de les discerner des simples présomptions, puisque ce n'est qu'aux dernières que s'applique la disposition du Code qui défend de juger sur des présomptions, si ce n'est dans les cas où sont admises les preuves testimoniales qui, dans ces cas-là même, exigent plusieurs présomptions graves, précises et concordantes.

Il est aisé de voir, par ce qui précède, que cette connaissance ou ce discernement des présomptions dépend : 1° de la certitude des faits d'où elles sont tirées; 2° de la justesse des conséquences que l'on tire de ces faits, pour la preuve de ceux dont il s'agit. En un mot, c'est de la liaison plus ou moins nécessaire qu'il peut y avoir entre le fait connu et ceux qu'il faut prouver, que dépendent la force et la nature des présomptions.

25. Mais entre les présomptions simples, toujours incertaines, et seulement probables, parce qu'elles n'ont pas de liaison nécessaire avec les faits connus dont elles sont tirées, il y en a dont la loi reconnaît expressément la probabilité, et alors ces présomptions sont considérées comme la vérité, au moins jusqu'à ce qu'on les ait détruites par des arguments plus forts : c'est une vérité provisoirement présumée.

Ainsi, voilà deux sortes de présomptions qui ont force de preuve :

Celles qui sont fondées sur une liaison nécessaire et infaillible du fait que l'on connaît, avec celui que l'on veut prouver;

Celles qui sont autorisées par la loi. Nous en reparlerons dans le premier paragraphe.

26. Toutes les autres présomptions ne sont que des conjectures plus ou moins probables, plus ou moins vraisemblables, qui peuvent nous mettre sur le chemin de la vérité, nous persuader même que nous y sommes parvenus, sans néanmoins pouvoir nous en convaincre rigoureusement, et contraindre notre assentiment, parce qu'elles ne forment point cette démonstration parfaite, qui ne peut résulter que de la conséquence nécessaire d'un principe ou d'un fait reconnu, au lieu que les présomptions ne sont fondées que sur l'analogie (3), c'est-à-dire sur la similitude des rapports, sur la liaison, quoique imparfaite, que nous apercevons entre le fait connu et le fait inconnu qu'il s'agit de prouver. Si ces rapports, si cette liaison étaient tels que l'un des faits ne pût exister sans l'autre, l'existence du fait inconnu serait par cela même démontrée, et cette démonstration serait, comme nous l'avons déjà dit, la plus forte des preuves.

27. Au lieu que, quand l'existence du fait inconnu n'est pas la conséquence nécessaire du fait connu; lorsque l'un peut exister sans l'autre, les conséquences qu'on peut tirer de ce dernier ne sauraient former que des *probabilités*, suivant le langage des philosophes; des *présomptions*, suivant celui des jurisconsultes. La série de ces conséquences ou de ces probabilités forme différents degrés qui s'étendent depuis le soupçon jusqu'à la certitude. C'est dans la juste appréciation de ces degrés de probabilité que consistent la sagacité et l'habileté du juge.

On peut passer par degrés des probabilités à la *certitude*, qu'il ne faut pas confondre avec la *vérité*. La vérité tombe directement sur la réalité du fait, et signifie qu'il existe réellement, tel

(1) On trouve encore un exemple de ces présomptions dans le trait de Galba, rapporté dans sa vie par Suétone, n° 6. Deux hommes se disputaient la propriété d'une bête de somme. Les preuves étaient légères de part et d'autre, la vérité difficile à découvrir. Galba commanda d'envelopper la tête de l'animal, de le conduire en cet état à l'abreuvoir accoutumé, et ordonna qu'il appartiendrait à celui des deux chez lequel il se retirerait ensuite, après avoir recouvré l'usage de la vue. (*Voy.* Pothier, n° 806; Dalloz, v° *Présomption*, n° 4.)

(2) Domat, *loc. cit.*; Rolland, n°s 13 et 14; Dalloz, v° *Présomption*, n° 6.

(3) Mot dérivé du grec, et composé de ΑΝΑ, *inter*, et de ΛΟΓΟΣ, *ratio*, rapport. Analogie signifie donc *rapport entre*. Ce que les Grecs appelaient analogie, Cicéron l'appelait *comparatio*, *proportio*. L'analogie est donc la similitude des rapports qui existent entre les choses comparées; et raisonner par analogie, c'est tirer des conséquences fondées sur cette similitude des rapports, sur la ressemblance, sur la liaison qu'on aperçoit entre les objets comparés. Voyez l'*Encyclopédie méthodique*, partie de la littérature et des belles-lettres, v° *Analogie*.

qu'on le dit. L'expression de *certitude* a plutôt rapport à notre esprit; et quoiqu'on applique aussi ce mot à la vérité de la proposition ou du fait qu'il s'agit de prouver, il signifie proprement la forte adhésion que notre esprit se sent entraîné à donner à la vérité de la proposition ou du fait.

28. Tout fait, considéré en lui-même, est nécessairement vrai ou faux; il n'y a pas de milieu. Car il ne peut y avoir ni demi-vérité, ni demi-fausseté, pas plus qu'il ne peut y avoir de demi-existence. Mais relativement à nous, le fait peut être certain ou incertain. Il peut être vrai, quoique nous ne soyons pas certains de son existence; il peut être faux, quoique nous croyions être certains, quoique nous soyons persuadés qu'il existe.

Or, l'observation et la réflexion nous prouvent que ce n'est le plus souvent que par degrés que nous arrivons à la certitude ou à la persuasion que le fait est vrai; qu'il faut plusieurs motifs de crédibilité pour entraîner et forcer notre croyance.

Un premier fait connu, une première circonstance me porte à croire que vous pourriez être l'auteur du fait inconnu dont je cherche la preuve. Mais ce soupçon est trop léger : il serait téméraire de m'y arrêter; la raison me le défend. Un second fait vient augmenter le soupçon par la conjecture assez probable que j'en tire. Cependant ces inductions sont encore trop faibles pour me déterminer à croire. Je trouve, pour les balancer, des motifs qui me paraissent plus forts. Le fait à prouver n'est encore que probable; il reste invraisemblable, ou plus éloigné que rapproché du vrai. Il devient vraisemblable (1) par un nouveau fait, dont la conséquence, en ajoutant une nouvelle probabilité à celles qui existent déjà, le rapproche de la vérité, en rendant plus difficile le concours de plusieurs probabilités dans le même cas. Mais en balançant ces probabilités ou ces présomptions, si je trouve encore autant de raisons pour croire que pour ne pas croire, je reste dans le doute. Une circonstance de plus fait pencher la balance; elle ébranle ma croyance, qui se trouve arrêtée par la considération que ces probabilités, n'étant que des conjectures, peuvent me tromper et m'induire en erreur aussi bien que me conduire à la vérité.

Enfin, ma croyance ébranlée est entraînée par d'autres probabilités ou présomptions que me présentent d'autres faits, d'autres circonstances; et elle va croissant avec leur nombre. Je lui cède malgré moi, parce que la réunion de tant de probabilités ou de présomptions graves, précises et concordantes, me *paraît* sinon absolument, du moins moralement impossible sans le concours de la vérité.

C'est ainsi que j'arrive, par degrés, à cette vive persuasion que l'on nomme *certitude.* C'est ainsi que je me tiens pour certain de l'existence du fait douteux ou inconnu dont je cherchais la preuve. Ma certitude n'est point un amas de probabilités; elles m'ont seulement servi de degrés pour y arriver.

29. Les géomètres ont voulu évaluer les degrés de probabilité pour les soumettre au calcul (2). Les uns ont regardé la certitude comme un tout, et les probabilités comme les parties de ce tout. En conséquence, le juste degré de probabilité d'une proposition leur a semblé connu, lorsqu'ils ont pu dire que cette probabilité valait un demi, un quart ou un tiers de la certitude. Expressions bizarres, qui n'en sont pas moins significatives, et qui peuvent être de quelque usage dans le cas des paris (3), des assurances, etc., dans le calcul des probabilités de la durée de la vie de l'homme.

Un géomètre anglais a même soumis à un calcul algébrique les degrés de la certitude morale qui provient du témoignage des hommes, dans tous les cas possibles. Selon cet auteur, les divers degrés de probabilite nécessaires pour rendre un fait *certain* sont comme un chemin dont la certitude serait le terme. Le premier témoin, dont l'autorité est assez grande pour m'assurer le fait à demi, en sorte qu'il y ait égal pari à faire pour et contre la vérité de ce qu'il me raconte, me fait faire la moitié du chemin. Un second témoin, aussi croyable que le premier qui m'a fait parcourir la moitié du chemin, par cela même que son témoignage est du même poids, ne me fera parcourir que la moitié de cette moitié, en sorte que ces deux témoins me feront parcourir les trois quarts du chemin. Un troisième ne me fera avancer que de moitié sur l'espace restant, et ainsi d'un quatrième, d'un cinquième, sans doute, parce que chaque témoin ne peut détruire dans mon esprit que la moitié des raisons qui s'opposent à l'entière certitude du fait.

Il est facile, par ce que nous avons dit sur les fondements de la preuve testimoniale, de sentir la vanité de ces calculs. Le premier témoin me ferait parcourir tout le chemin, si je pouvais m'assurer qu'il ne s'est pas trompé et qu'il n'a pas voulu m'en imposer. Je ne saurais, à la vérité, avoir cette assurance; mais un second

(1) Il faut remarquer que l'on n'attache pas précisément les mêmes idées aux mots *probable* et *vraisemblable*. Il y en a qui appellent *probable* ce qui présente plus de motifs pour croire que pour ne pas croire, et *vraisemblable*, ce qui approche encore plus de la vérité.

(2) *Voy.* l'*Ars conjectandi* de Jacques Bernoulli; *l'Encyclopédie*, édit. de Paris, vº *Probabilité*, t. 8, p. 395 : l'*Essai sur l'application de l'analyse de la probabilité des décisions rendues à la pluralité des voix*, par Condorcet, Paris, 1785.

(3) *Voy.* l'*Encyclopédie*, *ubi supra*.

peut me la donner, et entraîner ma persuasion d'une manière irrésistible, si, ce qui n'est pas impossible, je puis être certain qu'il ne s'est pas concerté avec le premier, et qu'ils s'accordent néanmoins l'un et l'autre sur le fait à prouver et sur les principales circonstances de ce fait. L'appréciation des témoignages, comme celle de toutes les présomptions, reste donc abandonnée à la prudente sagacité du juge. Il serait fort à désirer, sans doute, que l'on pût soumettre à des règles fixes l'art d'apprécier les probabilités ou les présomptions en jurisprudence; mais il est fort à craindre que cet art, qui préviendrait tant de faux jugements, fondés sur l'ignorance ou les préjugés, ne reste pour toujours entre les *desiderata* de la science (1). En attendant, attachons-nous à la sage et antique maxime de morale : Si vous n'approuvez pas clairement la vérité, *ex judiciis perspicuis, luce meridiana clarioribus*, abstenez-vous de condamner, surtout en matière criminelle.

30. C'est en considérant la *preuve* comme la cause efficiente de la certitude, à laquelle on ne parvient que par degrés, de probabilités en probabilités, qu'on doit expliquer la division des preuves faite par les docteurs en *pleines* et *moins pleines*, ou *semi pleines* (2); expressions impropres, si on les applique à la vérité du fait considéré en lui-même, mais assez significatives, quand on considère la preuve sous le rapport de ses effets sur l'esprit du juge, qu'elle peut, de présomptions en présomptions, faire passer du doute jusqu'à la certitude.

Aussi voyons-nous que le Code, sans employer expressément l'expression de *semi-preuve*, ou de preuve *semi pleine*, rappelle positivement, dans l'article 1367, l'idée que présente cette expression, en disant que le juge peut déférer d'office le serment décisoire, lorsque la demande n'est pas *pleinement* justifiée, et que cependant elle n'est pas dénuée de *preuves*. Il y a donc des preuves incomplètes, des preuves qui ne sont pas *pleines*, des preuves qui ne sont pas entières et qu'il faut compléter : c'est aussi ce que l'article 1347 appelle *commencement de preuve*. La preuve commencée, la preuve qui ne justifie pas *pleinement*, est évidemment ce que les docteurs appellent *semi-preuve*, ou preuve *semi-pleine*.

Après ces notions générales, nécessaires pour bien entendre cette matière abstraite et difficile, nous passons à l'examen particulier des dispositions du Code.

---

§ Ier. *Des présomptions établies par la loi.*

SOMMAIRE.

31. Qu'est-ce qu'une présomption légale?
32. Il faut, pour l'établir, une disposition spéciale de la loi.
33. Les présomptions établies dans le Corps de droit ne sont plus des présomptions légales. Importance de cette remarque.
34. La présomption légale tient lieu de preuve. Le magistrat est forcé de l'admettre comme telle.
35. Peut-on la détruire par la preuve contraire? Doctrine des interprètes et des docteurs, sur les présomptions de droit, *juris*, qui n'excluent pas la preuve contraire, et les présomptions *juris et de jure*, qui l'excluent.
36. Ils n'ont jamais pu clairement expliquer comment on pouvait les distinguer.
37. La définition, donnée par Alciat, de la présomption *juris et de jure*, convient également à la présomption de droit, *juris*.
38. La définition donnée par Menoch n'apprend pas plus à distinguer ces deux présomptions.
39. Pothier n'a pas été plus heureux qu'eux.
40. Auteurs allemands qui ont combattu la doctrine des présomptions *juris et de jure*.
41. Le sage Domat n'a point admis cette dénomination barbare ; mais il n'y a pas substitué une doctrine plus exacte.
42. D'Aguesseau, qui le suivit, enseigna que toutes les présomptions doivent céder aux lumières de la vérité.
43. Cette doctrine est incontestable en théorie.
44. Il y a pourtant des cas où l'on ne peut, sans aller contre le but de la loi, admettre la preuve contraire à la présomption sur laquelle une disposition est fondée.
45. Par exemple, l'incapacité des mineurs de vingt et un ans est fondée sur une présomption contre laquelle la preuve n'est pas admise en faveur des individus d'un génie précoce.
46. Pourquoi cela?
47. Le Code a rejeté les présomptions *juris et de jure*, et ne reconnait que deux classes de présomptions.
48. Il reconnaît le principe que la preuve contraire à la présomption légale est admise, quoique la loi ne la réserve pas.
49. Il ne défend de recevoir cette preuve qu'en deux cas : lorsque, sur le fondement d'une présomption, il annule certains actes, ou dénie l'action en justice.
50. Motifs de cette disposition.
51. Développement de la regle par de nouveaux exemples.

---

(1) Voltaire, ce génie si étonnant, a fait, à l'occasion du procès du comte de Morangiès, un *Essai sur les probabilités en fait de justice*. On y trouve beaucoup d'idées fort ingénieuses, pleines de justesse et de raison, mais non, ce qu'on ne trouvera probablement jamais, des règles sûres pour apprécier les présomptions ou probabilités. C'est la pierre philosophale en jurisprudence. Elle serait plus précieuse pour l'humanité que l'art de faire de l'or.

(2) *Voy.* t. 4 (VIII, *éd. fr.*), nos 7 et 8.

51. Nous avons vu que les présomptions sont des conséquences tirées d'un fait connu pour en conclure la vérité d'un fait inconnu. Si la conséquence est nécessaire, s'il est impossible que le premier fait soit certain et que le second soit douteux, la présomption est considérée comme la plus sûre des preuves. Ce n'est point de ces sortes de présomptions que traite ce paragraphe.

Si la conséquence n'est pas nécessaire, le juge peut l'admettre ou la rejeter, selon qu'elle lui paraît plus ou moins vraisemblable, plus ou moins concluante; mais telle est la nature de l'esprit humain, que ce qui paraît vraisemblable et concluant aux uns ne le paraît pas aux autres; que souvent même le meilleur esprit a peine à se déterminer dans l'appréciation des présomptions. Pour fixer cette indécision, ainsi que pour prévenir l'arbitraire, la sagesse du législateur a fixé d'avance le jugement qu'il faut porter en certains cas, en attachant, *par une loi spéciale*, une présomption de vérité à certains actes, à certains faits. (Art. 1350.)

C'est ce que l'on appelle une *présomption légale* (1).

52. Pour l'établir, il faut, aux termes de l'article cité, une *loi spéciale*, autrement une disposition spéciale de la loi. La conséquence que l'on peut tirer par argument (2) d'un texte de la loi, en raisonnant par analogie, pour étendre sa décision d'un cas à un autre cas analogue, ne serait point une présomption légale, mais une présomption de l'homme. La spécialité d'une disposition formelle de la loi peut seule caractériser une *présomption légale* (3).

53. On trouve un assez grand nombre de ces présomptions dans les écrits des jurisconsultes romains, dont les fragments composent le Digeste, et dans les rescrits des empereurs, recueillis dans le Code de Justinien. Mais le corps du droit romain n'ayant plus force de loi en France, les présomptions qu'on y trouve établies n'ont plus le caractère des présomptions légales; caractère qui, selon l'article 1350, ne peut être conféré que par une *loi spéciale*.

Cette remarque n'est pas sans importance, sous l'empire du Code, qui ne permet aux magistrats de juger sur des présomptions de l'homme, que dans les cas où la preuve testimoniale est admissible. Il en résulte qu'un jugement uniquement fondé sur une présomption empruntée des lois romaines, pourrait être aujourd'hui soumis à la censure de la cour de cassation, si le fond du procès excédait la valeur de 150 fr.

54. La présomption de vérité que la loi attache aux conséquences qu'elle tire de certains actes ou de certains faits, tient provisoirement lieu de preuve, sans qu'il soit permis au magistrat de ne pas l'admettre comme telle. « La pré» somption légale, dit l'art. 1352, dispense de » toute preuve celui au profit duquel elle » existe. »

C'est en cela surtout qu'elle diffère des simples présomptions de l'homme; du reste, sa nature est la même. Les présomptions légales, comme les présomptions de l'homme, ne sont que des conséquences tirées d'un fait connu à un fait inconnu, par analogie de ce qui arrive le plus souvent, *ex eo quod plerumque fit*. La vraisemblance et la probabilité sont le fondement des présomptions légales, aussi bien que des simples présomptions de l'homme.

55. Mais peut-on détruire les présomptions légales par la preuve contraire, comme on peut détruire les présomptions de l'homme?

C'est une question importante, sur laquelle, jusqu'à la promulgation du Code, les jurisconsultes n'ont pu s'accorder.

Les uns, avec toute l'ancienne école des interprètes et des docteurs, tant en droit civil qu'en droit canonique, distinguaient deux espèces de présomptions légales: les premières, qu'ils appellent simplement de droit, *præsumptiones*

(1) Rolland, vº *Présomptions*, nºs 15 et 16.

(2) Il est bon d'en avertir, pour prévenir les fausses conséquences qu'on pourrait tirer des expressions de Pothier, qui dit, nº 843 (édit. Tarlier, t. I, p. 253), que les présomptions de droit sont aussi établies par argument de quelque loi ou texte de droit.

(3) Solon, *des Preuves*, nºs 180 et suiv.

juris, et qui tiennent seulement lieu de preuve, mais n'excluent pas la preuve contraire; doctrine qui paraît conforme à la raison, puisque toutes les présomptions ne sont fondées que sur des vraisemblances ou des probabilités.

Les secondes, que par une locution barbare, inconnue aux jurisconsultes romains, ils appellent présomptions *de droit et du droit, præsumptiones juris et de jure;* présomptions qui, suivant eux, non-seulement tiennent lieu de preuves, mais encore excluent toutes preuves contraires (1).

36. Mais quelles sont ces présomptions qui excluent toute preuve contraire? Comment les distinguer des simples présomptions de droit, qui ne l'excluent pas? Et pourquoi des présomptions, qui dans la réalité n'ont pour fondement que des probabilités, des vraisemblances, excluraient-elles des preuves positives qui pourraient conduire à la vérité? Voilà le point de la difficulté, et voilà ce que les docteurs n'ont jamais pu expliquer d'une manière intelligible.

37. Suivant Alciat, auteur qui le premier entreprit de bannir la barbarie des glossateurs, et de réformer la jurisprudence, en y associant la littérature, la présomption *juris et de jure* est une disposition de la loi, qui, prenant une présomption pour fondement, statue sur le point présumé comme s'il lui était connu: *Est dispositio legis aliquid præsumentis, et super præsumpto, tanquam sibi comperto, statuentis.*

Cette définition paraît juste et vraie. En établissant une présomption légale, le législateur ne se borne pas à tirer la conséquence du fait qu'il présume, pour abandonner cette conséquence au jugement des magistrats; il dispose, il statue que cette conséquence sera prise pour vraie, et deviendra la règle de leurs jugements.

Mais cette définition nous paraît également convenir à la présomption légale ordinaire, *præsumptio juris*, qui tient toujours lieu de preuve, et cela en vertu de la disposition de la loi. En général, celui qui forme une demande ou une exception est tenu d'en donner la preuve; mais s'il existe en sa faveur une présomption légale, il est dispensé de toute autre preuve; le magistrat n'en peut exiger d'autres, sans s'exposer à la censure, parce qu'il désobéirait à la disposition de la loi.

Ainsi, quelle que soit la présomption légale, il y a toujours disposition de la loi, qui statue sur le point présumé, comme s'il lui était connu. Mais quels sont les cas où la loi défend de prouver même la vérité contraire à sa présomption? Pourquoi et comment peut-elle la défendre?

Voilà ce que ne dit point Alciat.

38. Menoch (2) ne nous le dit pas davantage. Il ajoute à la définition d'Alciat que la présomption qui exclut la preuve contraire est appelée *præsumptio juris*, parce que c'est la loi qui l'a introduite, *a lege introducta est;* et l'on ajoute à cette qualification les mots *de jure*, parce que la loi en fait le fondement d'un droit certain: *quia super tali præsumptione lex inducit firmum jus, et habet eam pro veritate.* Mais la loi n'induit-elle pas un droit stable, *firmum*, sur toutes les présomptions légales? Ne les regarde-t-elle pas toutes comme des vérités au moins provisoires, puisqu'elle veut que ces présomptions tiennent lieu de preuve? Reste donc toujours la question. Quelles sont celles qui excluent la preuve contraire? Tout ce que les docteurs ont écrit à ce sujet se réduit à dire que les présomptions de droit sont celles qui n'excluent pas la preuve contraire, et les présomptions *juris et de jure* celles qui l'excluent; jamais ils n'ont pu sortir de ce cercle, ni donner de règle pour distinguer ces deux espèces de présomptions les unes des autres. Ils se bornent à en donner des exemples, sur lesquels même ils ne s'accordent pas. Les uns donnent pour une présomption *juris et de jure* ce que les autres ne regardent que comme une présomption de droit seulement, et *vice versa.*

39. Pothier, qui a suivi leur doctrine, n'a pas été plus heureux qu'eux; il commence par nous dire, nº 841, que les présomptions *juris et de jure* sont celles qui « *font tellement preuve*, » qu'elles excluent toute preuve qu'on voudrait » faire du contraire. »

On ne reconnaît point ici la clarté du grand jurisconsulte qui nous guide si souvent avec tant de sûreté. Quant à nous, du moins, il nous est impossible d'entendre cette définition, et d'y trouver une règle pour discerner les présomptions qui excluent la preuve contraire de celles qui ne l'excluent pas. Cherchons donc ailleurs la solution du problème.

40. Des jurisconsultes d'un grand mérite (3), habitués à suivre pour guide la raison plutôt que les docteurs, ont, dans le siècle dernier, combattu en Allemagne la doctrine des présomptions *juris et de jure,* mais sans substituer rien de satisfaisant.

41. En France, le restaurateur de la raison

---

(1) *Vide infra*, nº 47.

(2) *De præsumptionibus*, lib. 1, quæst. 3.

(3) Henri Cocceius, *Dissert. de Probatione directa negativæ*, § 17, dit: « Disputant doctores, sed non convenit inter eos, quid nomine præsumptionis juris et de jure veniat; est enim illud a doctoribus quasi confectum veluti barbarum certam significationem non habens. » Cocceius, chancelier du grand Frédéric, auteur du meilleur commentaire sur Grotius, et de plusieurs savants ouvrages, a conservé sa réputation, même parmi les philosophes. *Voy.* Dugald Stewart, *Histoire abrégée des sciences*, etc., traduction de Buchon, p. 296.

Sur les présomptions *juris et de jure*, *voyez* aussi Bœhmer, *Exercit. ad Pandectas*, exercit. 66, *de collis. præsumpt.*, cap. 1, §§ 6 et 7, t. 4, p. 247.

dans la jurisprudence (1), Domat, sentit l'illusion de cette doctrine. Il n'a pas une seule fois employé l'expression barbare de présomption *juris et de jure.* Mais, quoiqu'il connût parfaitement la nature des présomptions, dont il a donné une bonne définition, que le Code n'a fait qu'abréger, il n'osa pas substituer une doctrine plus exacte à celle que son excellent esprit ne pouvait admettre.

42. D'Aguesseau (2) suivit son exemple, et rejeta comme lui les présomptions *juris et de jure,* qui n'admettent point de preuve contraire, en les passant sous le silence le plus absolu, dans son excellent plaidoyer pour Bouillerot de Vinantes, où il développe si nettement la nature des présomptions, et même des preuves judiciaires en général; mais il alla plus loin que Domat. Ne pouvant admettre ni concevoir que des présomptions, des probabilités ou des vraisemblances l'emportent sur la vérité et en excluent la preuve, il posa en principe que toutes les présomptions doivent céder aux lumières de la vérité. Voici comment il s'explique, en parlant des présomptions, et notamment de la plus respectable de toutes, de celle qu'on s'accorde à regarder comme le fondement le plus inébranlable de l'état des hommes, comme le lien le plus sacré de la société : *L'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari.*

« Telle est, disait d'Aguesseau, telle est la » nature de cette présomption. La vraisem» blance et la probabilité lui servent de fonde» ment; mais comme rien n'est souvent plus » éloigné du vrai que la vraisemblance, et que » la fausseté a souvent même une probabilité » apparente, il en est de cette présomption » comme *de toutes celles qui sont appuyées sur le* » *même principe;* elles peuvent être détruites » par d'autres *arguments;* et si la vraisemblance » qui fait toute leur force est combattue par des » raisons plus solides, les juges rejettent ces » fausses lueurs, pour donner leur suffrage aux » seules lumières de la vérité (3). »

43. Voilà donc, avant la promulgation du Code, deux doctrines opposées sur les présomptions :

1° Celle de l'ancienne école, adoptée par Pothier, qui divise les présomptions légales en deux classes : les simples présomptions de droit, *juris,* contre lesquelles la preuve contraire est toujours admise; les présomptions *de* droit et *du* droit, *juris et de jure,* contre lesquelles la preuve de la vérité contraire n'est point admise ;

2° Celle de d'Aguesseau, qui n'admet pas deux classes de présomptions légales, et suivant laquelle *toutes les présomptions* doivent céder à la vérité, parce que toutes les présomptions ne sont fondées que sur des vraisemblances ou des probabilités.

Il faut en convenir, cette dernière doctrine ne semble être qu'une conséquence nécessaire des premiers principes et des notions fondamentales de la matière. Considérée abstractivement et en pure théorie, cette doctrine est incontestable et sans exception, car il répugne à la raison de dire que les vraisemblances, les probabilités, qui sont le fondement des présomptions, ne doivent pas dans tous les cas céder à la vérité, quand elle est démontrée; et pour la démontrer, il faut admettre la preuve : la refuser, ce serait fermer les yeux à la lumière.

44. Il est pourtant vrai, en réfléchissant avec attention sur le texte et les conséquences de certaines dispositions, qu'on en trouve où l'on est forcé d'avouer qu'il n'est ni raisonnable, ni possible, sans aller contre le but même de la loi, sans contrarier sa sagesse, d'admettre la preuve contraire à la présomption qui lui sert de fondement. Rendons ceci sensible par un exemple :

45. L'incapacité de contracter, prononcée contre les mineurs, est une disposition fondée sur la présomption générale qu'ils n'ont point encore atteint l'âge où les facultés intellectuelles et morales de l'homme sont entièrement développées, et qui donne cette maturité de raison, cette prudence nécessaire pour s'engager sans témérité. Cet âge n'est point le même chez tous les individus. Le tempérament, le climat, l'éducation, le font varier à l'infini. La nature ne l'indique point par des signes certains. Cependant on ne pouvait, sans les plus graves inconvénients, en laisser la détermination indécise dans chaque individu, et l'abandonner à la décision arbitraire des juges. Autrement, il faudrait pour ainsi dire autant de jugements que d'individus. Il a donc fallu fixer ou déterminer cet

---

(1) C'est ainsi que Boileau Despréaux appelait Domat.

(2) T. 2, p. 532 et suiv.

(3) *Voy. infra,* n° 48.

Le deuxième paragraphe de l'art. 1352 porte : « Nulle » preuve n'est admise contre la présomption de la loi, » lorsque, sur le fondement de cette présomption, elle an» nule certains actes ou dénie l'action en justice, à moins » qu'elle n'ait réservé la preuve contraire et sauf ce qui » sera dit sur le serment et l'aveu judiciaires. »

Ce n'est donc que dans des cas déterminés que la preuve contraire est repoussée.

Il semblerait en résulter, nonobstant la discussion étendue à laquelle s'est livré Toullier, que le Code a consacré la distinction entre les présomptions *juris,* et les présomptions *juris et de jure.* C'est aussi la remarque de Delvincourt et de Duranton, t. 7 (XIII, éd fr.), n° 409. Solon répète les principes de Toullier, et retrouve, n° 179 de son *Traité des Preuves,* les deux espèces de présomptions consacrées par le Code civil ; il est certain que l'art. 1352 reconnaît l'existence des présomptions contre lesquelles aucune preuve n'est reçue ; d'autres qui ont pour unique effet de dispenser de toute preuve extrinsèque. La difficulté consiste à ranger dans l'une ou l'autre de ces classes de présomptions les exemples que les lois peuvent présenter.

Voy. Dalloz, v° *Présomptions,* n° 44.

âge d'une manière uniforme pour tous les hommes. La loi civile l'a fixé, mais elle ne l'a point fixé arbitrairement. Après de longues et anciennes observations sur l'époque où la plupart des hommes y parviennent ordinairement, *ex eo quod plerumque fit*, le législateur a présumé que c'est à vingt et un ans; et statuant sur cette présomption comme sur un fait qui lui était connu, et comme sur un fait généralement vrai, *super præsumpto, tanquam sibi comperto, statuens*, il a prononcé que les mineurs de vingt et un ans sont incapables de contracter (art. 1124). Il en a fait une disposition expresse et générale; il a décidé que ce n'est qu'à cet âge que l'homme est capable de tous les actes de la vie civile. (Art. 488.)

Maintenant pourrait-on demander à prouver que la présomption sur laquelle repose la disposition qui présume l'incapacité des mineurs en général est contraire à la vérité, et soumettre cette question aux tribunaux? Non, certes. Il est évident que ce serait subordonner le jugement de la loi à celui des tribunaux, qui sont institués pour la faire observer, et non pour la juger.

Pourrait-on du moins demander à prouver, par les preuves les moins équivoques, que cette même présomption est contraire à la vérité, à l'égard de tel individu, privilégié de la nature, dont le génie et l'intelligence précoces ont devancé l'âge, pour en conclure qu'il doit être excepté de la loi commune? Leibnitz, par exemple, ce génie universel qui embrassait toutes les sciences, et qui, avant l'âge de vingt ans, avait publié un excellent ouvrage sur la méthode d'apprendre et d'enseigner la jurisprudence, dans lequel, marchant sur les traces de Bacon, il osait indiquer les *desiderata* de cette science, c'est-à-dire, ce qui lui manquait, le grand Leibnitz aurait-il pu être excepté de la règle qui fixait alors la majorité à vingt-cinq ans, par la considération qu'il était démontré que la présomption d'incapacité était évidemment fausse à son égard, et qu'à dix-huit ans sa raison était bien supérieure à celle de presque tous les hommes de trente ans?

Non, encore; et le créancier qui prêterait de l'argent à un tel individu, avant sa majorité, n'en serait pas moins obligé de prouver que son débiteur a fait un emploi utile de la somme empruntée.

46. Vainement objecterait-il l'intelligence et la raison supérieure, quoique précoce, de l'emprunteur; vainement dirait-il que c'est fermer les yeux à la lumière que d'appliquer à un tel individu une présomption, une probabilité, une vraisemblance d'incapacité si franchement démentie par les faits. On lui répondrait qu'il est possible que la nature fasse quelques exceptions rares à ses lois ordinaires, mais que la loi civile n'a pas jugé convenable de s'y arrêter; qu'elle a prononcé l'incapacité des mineurs de vingt et un ans, généralement et sans exception; que si le Code avait voulu en autoriser, il eût réservé la preuve de ces exceptions, comme il en avertit dans l'art. 1352, comme il l'a fait en plusieurs occasions, notamment dans l'art. 2231, à l'égard de la présomption légale, « que quand on a commencé à posséder pour autrui, on est toujours présumé posséder au même titre, *s'il n'y a preuve du contraire;* » que le Code n'a point fait une pareille réserve contre la présomption générale d'incapacité des mineurs, et qu'il a eu raison, parce que cette réserve ferait naître une foule de procès, en replongeant la société dans l'incertitude d'où l'a tirée la sage disposition qui fixe à une époque uniforme la capacité ou la majorité de tous les hommes : car ils se prétendraient tous dans le cas de l'exception, et demanderaient à le prouver.

Ainsi, la preuve contraire à la *présomption* légale ne saurait être admise en ce cas, lors même, ce qui est quelquefois possible, qu'on pourrait prouver que la conséquence générale, tirée par la loi et convertie en disposition, se trouverait fausse dans un cas particulier (1).

47. Les docteurs avaient donc raison de dire qu'il y a des présomptions légales contre lesquelles la preuve ne doit pas être admise, quoiqu'ils n'eussent pas suffisamment développé leur doctrine, ni surtout donné de règle sûre pour reconnaître ce qu'ils appelaient des présomptions *juris et de jure*.

Cette règle, si désirée et si nécessaire, nos législateurs nous l'ont enfin donnée. Ils ont, comme Domat et d'Aguesseau, écarté la dénomination barbare de présomptions *juris et de jure*. Ils n'ont point fait deux classes de présomptions légales. Le Code les range toutes, sans distinction, dans le même paragraphe, sous la dénomination commune de *présomptions établies par la loi*.

« La présomption légale, dit l'article 1350, » est celle qui est attachée, par une loi spé- » ciale, à certains actes ou à certains faits. » Les exemples qu'en donne cet article font voir que les présomptions autrefois nommées *juris et de jure* sont ici comprises sous la dénomination commune de présomptions légales ou établies par la loi, aussi bien que les présomptions de droit, *præsumptiones juris*.

Le Code ne connaît donc que deux classes de présomptions : les présomptions légales ou établies par la loi, qui sont l'objet du premier paragraphe, et les simples présomptions de l'homme, qui sont l'objet du second.

48. Au reste, quoiqu'il ne l'énonce pas, parce qu'une vérité rationnelle n'a pas besoin d'être énoncée, le Code reconnaît et suppose le principe si énergiquement établi par d'Aguesseau, que la présomption doit céder à la vérité, et

(1) Rolland, v° *Présomptions*, n° 34; Dalloz, *eod. verbo*, n° 45.

que par conséquent « la preuve contraire à la » présomption légale peut être admise, quoi- » que la loi ne la réserve pas, parce qu'il est » dans la nature des présomptions qu'elles cè- » dent à la preuve contraire. » Ce sont les expressions du tribun Jaubert, dans son rapport au tribunat (1).

49. Mais le Code n'en reconnaît pas moins, par exception, qu'il y a des présomptions légales contre lesquelles la preuve contraire ne peut être admise. Voici la règle simple qu'il donne pour les reconnaître, dans la disposition finale de l'article 1352 :

« Nulle preuve n'est admise contre la pré- » somption de la loi, lorsque, sur le fondement » de cette présomption, elle annule certains » actes ou dénie l'action en justice. »

Ainsi, voilà les deux seuls cas où le Code défende d'admettre la preuve contraire à la présomption de la loi :

1° Lorsque, sur le fondement d'une présomption, elle annule certains actes;

2° Lorsque, sur le même fondement, elle dénie l'action en justice (2).

50. Avant d'appliquer notre règle à de nouveaux exemples, il faut rechercher pourquoi, dans les deux cas indiqués plutôt que dans les autres, la preuve contraire à la présomption légale n'est pas admise. Nous en avons déjà touché la raison, n° 46, en parlant de ces individus privilégiés de la nature, dont la raison précoce a devancé l'âge, et qui néanmoins ne peuvent être exceptés de l'incapacité prononcée contre les mineurs en général.

Casaregis, où nos législateurs semblent avoir puisé la disposition finale de l'art. 1352, nous en indique une raison pleine de sagesse. Lorsque, dit cet auteur, dans le but de prévenir *toute occasion de fraude*, la loi ou le statut annule quelque acte, elle comprend même le cas où il serait constant qu'il n'a point été commis de fraude, mais où il pouvait s'en commettre.

Ubi aliqua lex vel statutum annullans aliquem actum, editum fuit ad removendas omnes fraudis occasiones, comprehendit etiam casum, in quo constaret nullam fraudem fuisse commissam, quia lex aut statutum, providens in genere ad obviandas fraudes, non est restringendum ad eos casus tantum, in quibus fraus commissa est; sed ad omnes alios extenditur, in quibus, licet nulla fraus commissa fuerit, committi poterat (3).

Et pourquoi la disposition qui annule l'acte s'étend-elle au cas même où il n'a pas été commis de fraude, mais où il pouvait s'en commettre? Pourquoi rejeter la preuve qu'il n'en a pas été commis? C'est que cette preuve, outre qu'elle serait toujours incertaine, comme toutes les preuves judiciaires, pourrait elle-même devenir une occasion de fraude.

Il est possible sans doute qu'en rejetant la preuve contraire à la présomption qui sert de fondement à sa disposition, la loi entraîne une injustice en certains cas rares; quelle est la loi qui n'en entraîne pas quelquefois? Mais le législateur a présumé, il a jugé, *super præsumpto statuit*, que l'admission de la preuve contraire pourrait en entraîner davantage. Il l'a donc défendue : *Nam ad ea potius debet aptari jus, quæ et frequenter et facile, quam quæ perraro eveniunt.* (L. 5, ff. *de legibus*.)

51. Développons notre règle, en donnant de nouveaux exemples de son application. En voici un tiré du Code de commerce :

Le contrat d'assurance est tellement susceptible de fraude, et la fraude est le plus souvent si difficile à prouver, que toutes les nations commerçantes se sont accordées à établir une présomption de dol contre l'assuré ou contre l'assureur, toutes les fois que, par le peu de distance des lieux, il est possible que, lors de la signature de la police, ils aient été instruits du sinistre, ou de l'heureuse arrivée du navire (4).

Cette distance fut fixée à une lieue et demie par heure, dans l'ordonnance de la marine, du mois d'août 1681, liv. 3, tit. 6, art. 39. La même présomption *est adoptée dans notre Code de commerce*, qui porte, art. 365 : « Toute assu- » rance, faite après la perte ou l'arrivée des » objets assurés, est nulle s'il y a présomption » qu'avant la signature du contrat l'assuré a pu » être informé de la perte, ou l'assureur de l'ar- » rivée des objets assurés. »

L'article 366 ajoute : « La présomption existe, » si, en comptant *trois quarts de myriamètre* » (une lieue et demie) *par heure*, *sans préjudice* » *des autres preuves*, il est établi que de l'en- » droit de l'arrivée ou de la perte du vaisseau, » ou du lieu où la première nouvelle en est ar- » rivée, elle a pu être portée dans le lieu où le » contrat d'assurance a été passé avant la signa- » ture *du contrat*. »

Cette présomption est fondée sur la possibilité de faire passer des nouvelles d'un lieu à l'autre par un courrier à cheval, qui peut ordinairement faire une lieue et demie par heure; mais cette possibilité peut être détruite par mille accidents, par la ruine et le mauvais état des chemins, par la rupture d'un ou plusieurs ponts, par une inondation ou crue d'eau extraordinaire, par l'assassinat du courrier et l'enlèvement des dépêches, etc., etc.

Pourrait-on demander à prouver ces événe-

(1) *Voy.* Rolland, v° *Présomptions*, n° 30.

(2) *Voy.* Pothier, n° 807 ; et Rolland, n° 32.

(3) Disc. 8, n° 12, tome 1, page 30, édit. de Florence, 1719.

(4) *Voy.* Émérigon, *Traité des assur.*, t. 2, p. 136 et suiv.

ments extraordinaires, pour en conclure que la présomption de la loi doit cesser, parce que la possibilité du fait sur lequel elle repose cesse dans ce cas particulier ?

Cette preuve a toujours été rejetée sous l'empire de l'ordonnance de la marine. Émérigon (1) cite plusieurs arrêts qui l'ont ainsi jugé; et l'on ne pourrait juger autrement sous l'empire du Code civil, sans violer ouvertement la dernière disposition de l'art. 1352. En prononçant la nullité de l'assurance, dans le cas proposé, la loi l'a prononcée d'une manière absolue et non conditionnelle. Elle a voulu prévenir jusqu'aux occasions de fraude auxquelles pourrait donner lieu l'admission de la preuve contraire à la présomption.

52. Donnons un dernier exemple des cas où la preuve contraire à la présomption légale n'est point admise, parce que la loi prononce la nullité des actes.

La loi déclare nulles les donations faites à des incapables, sous le nom de personnes interposées. Cette interposition des personnes est une fraude à la loi. Il faut la prouver, et la preuve en est toujours très-difficile, souvent impossible. Mais l'observation nous apprend qu'assez ordinairement on choisit pour fidéicommissaires ou personnes interposées, les pères et mères, les enfants, l'époux de la personne incapable. De ce fait, connu par l'observation, le législateur a tiré cette conséquence ou cette présomption, qu'il a convertie en disposition expresse : « Seront réputés personnes interposées les père et mère, » les enfants et descendants, et *l'époux* de la » personne incapable (2). »

Supposons qu'à Rennes où elle demeure, Titia, dans sa dernière maladie, donne tous ses biens à son ancienne amie Caïa, demeurant à Paris; les héritiers collatéraux de la donatrice attaquent la donation parce qu'ils découvrent que le médecin qui a traité Titia est le mari de Caïa, circonstance qui le rend personnellement incapable de recevoir, ainsi que sa femme, que l'article 911 répute personne interposée

Caïa répond qu'il est impossible de la croire personne interposée, pour faire passer à son mari les biens compris dans la donation; elle offre de prouver qu'il est malheureusement notoire qu'il existe entre eux une inimitié capitale et invétérée, dont le scandale a retenti dans les tribunaux; qu'enfin, un arrêt les a solennellement séparés de corps et de biens; que, loin de s'être réconciliés, elle est allée vivre à Paris, pour fuir la présence d'un homme qu'elle déteste et dont elle est également détestée. Quelque fortes que soient ces circonstances, la preuve n'en doit pas être admise contre la disposition de l'article 1352. Nulle preuve n'est admise contre la présomption de la loi, lorsque, sur le fondement de cette présomption, elle annule les actes.

En réputant personne interposée l'époux de l'incapable, l'art. 911 n'a point excepté l'époux séparé de corps et de biens. La séparation ne rompt pas les liens du mariage. Les circonstances alléguées seraient plus que suffisantes pour détruire le soupçon d'interposition, s'il s'agissait d'une simple présomption de l'homme; mais il s'agit d'une présomption de la loi, établie dans la vue non-seulement de prévenir la fraude, mais encore d'en déraciner jusqu'à l'occasion.

On trouve d'autres exemples de nullités des actes, prononcées sur des présomptions légales de fraude, présomptions contre lesquelles par conséquent la preuve contraire n'est point admise, dans l'art. 444 du Code de commerce, dans les articles 1596 et 1597 du Code civil et ailleurs.

53. Voici maintenant des exemples où la loi, sans annuler les actes, dénie l'action en justice, sur le fondement d'une présomption.

Le jeu, n'étant qu'un contrat aléatoire et conditionnel, qu'une donation réciproque que se font les parties sous une certaine condition, n'a rien en lui-même de contraire à l'équité naturelle; mais les abus presque inséparables des jeux de hasard ont toujours rendu suspectes les obligations pour dettes du jeu (3). Les anciennes ordonnances les déclaraient nulles et de nul effet; elles présumaient que toutes les dettes du jeu étaient le fruit du dol et de la supercherie, ou de la déloyauté, tout au moins d'une passion aveugle et violente, qui n'avait pas laissé au débiteur le calme et la raison nécessaires pour s'obliger valablement. Le Code n'a point trouvé ces soupçons assez forts pour déclarer absolument nulles les obligations qui ont pour cause des dettes du jeu; mais dans le doute si elles sont légitimes ou non, il a refusé d'accorder au créancier une action pour en exiger le payement en justice : « La loi n'accorde aucune action » pour une dette du jeu, ou pour le payement » d'un pari. » (Art. 1965.)

Le créancier ne peut donc, pour faire évanouir la présomption sur laquelle est fondée cette disposition, être admis à prouver que l'argent perdu a été gagné sans surprise et avec une parfaite loyauté. On lui répondrait, avec l'art. 1352, que nulle preuve n'est admise contre la présomption de la loi, lorsque, sur le fondement de cette présomption, elle dénie l'action en justice.

(1) *Traité des assurances*, t. 2, p. 140.

(2) Rolland, nos 35, 36; Dalloz, *cod. loc.*; Duranton, t. 7 (XIII, éd. fr.), nos 412, 421 et suiv.

(3) *Voy.* ce que nous avons dit, t. 5 (VI, éd. fr.), nos 381 et 382.

Rolland, vo *Présomptions*, no 38; Dalloz, *cod. verbo*, no 47.

Il en résulte que, quoique, à défaut d'expression de la cause dans le billet dont on lui demande le payement, le débiteur soit reçu à prouver, même par témoins, que le billet a pour cause une dette du jeu, le créancier ne peut être admis à prouver que la dette est légitime, et qu'il n'y a eu ni surprise ni déloyauté de sa part, ni défaut de présence d'esprit de la part du débiteur.

Inutilement objecterait-on que toute preuve doit être respective, et que si le débiteur est reçu à prouver que la dette est illégitime, parce qu'elle a pour cause le jeu, le créancier doit être admis à prouver la légitimité de la dette. Ce n'est point là ce dont il s'agit, mais uniquement du fait de savoir si c'est une dette du jeu. La preuve de ce fait doit être respective sans doute. Quant au point de savoir si le créancier a joué loyalement, si le débiteur jouissait de toute sa présence d'esprit au moment où il a perdu son argent, la preuve n'en est pas recevable contre la présomption de la loi; ce serait accorder au créancier une action que la loi lui dénie.

54. La prescription à fin de se libérer nous offre encore l'exemple d'une présomption légale contre laquelle la preuve n'est point admise, parce que la loi dénie l'action, en la déclarant éteinte ou prescrite. (Art. 2262.)

Cependant, il faut faire une distinction essentielle entre la prescription proprement dite d'une dette par le laps de trente ans, et les courtes prescriptions dont parlent l'art. 2271 et les suivants. La première éteint absolument l'action, parce qu'elle est fondée sur ce que le créancier qui a négligé d'agir ou de réclamer, en un mot d'user de son droit pendant le temps fixé par la loi, est présumé y avoir renoncé, et sur cette présomption comme sur une vérité certaine, *super præsumpto, tanquam sibi comperto, statuens,* la loi déclare la dette éteinte ou prescrite, et n'accorde point d'action pour l'exiger, quelque certitude qu'il y ait d'ailleurs qu'elle n'ait point été acquittée : en sorte que le créancier ne serait pas admis à déférer le serment au débiteur, qui pourrait lui répondre : Que j'aie payé ou non, j'use du bienfait de la loi qui a éteint ma dette.

Les courtes prescriptions, au contraire, ne sont fondées que sur une présomption de payement. La loi présume seulement qu'il y a eu un payement effectif; s'il est prouvé qu'il n'y en a point eu, la présomption cesse. La loi ne dénie donc point l'action; elle l'autorise au contraire formellement, en permettant au créancier (article 2275) de rendre le débiteur juge dans sa propre cause, et de lui déférer le serment : d'où l'on peut induire qu'il peut aussi le faire interroger sur faits et articles, et produire d'autres preuves de non-payement, s'il en existe.

Ce que nous venons de dire doit s'appliquer à toutes les présomptions légales de libération, lesquelles, comme toutes les présomptions établies par la loi, dispensent à la vérité de toute preuve celui au profit duquel elles existent, suivant l'art. 1352, mais n'excluent la preuve contraire que dans les cas spéciaux dont parle la disposition finale du même article.

55. Nous trouvons un exemple de ces présomptions de libération dans l'article 1282, qui porte : « La remise volontaire du titre original » sous seing privé, par le créancier au débiteur, » fait *preuve de libération.* »

Mais cette présomption, qui dispense le débiteur de toute autre preuve, n'empêche point le créancier de prouver le contraire pour tous les genres de preuves reçus en justice; car les preuves les plus fortes, les preuves même déclarées *preuves* par la loi, telles que la preuve littérale, n'empêchent point l'autre partie de proposer les siennes. Ce sont ses moyens de défense, dont on ne peut la priver sans injustice, *ne inaudita condemnetur.* Aussi avons-nous vu que, suivant la doctrine des plus grands magistrats et du conseil d'État, *il est dans la nature des présomptions de céder à la preuve contraire* (1).

56. Cependant le savant tribun Jaubert, dans le rapport qu'il fait au tribunat (2), après avoir dit que la présomption de libération est en ce cas fondée sur ce que le créancier n'aurait pas remis volontairement le titre original, si le débiteur n'avait pas été libéré, ajoute que « la loi ayant dit que la remise volontaire faisait preuve de libération, il suit que l'obligation est éteinte, et conséquemment que l'action en justice doit être déniée à l'ancien propriétaire du titre; qu'il en résulte aussi que cet ancien propriétaire ne peut être admis à prouver que la remise volontaire du titre n'a pas opéré sa libération. »

Quelque respect que nous ayons pour les opinions d'un aussi savant homme, nous ne saurions être de son avis. Déclarer *l'action* éteinte ou prescrite sur le fondement d'une présomption, comme le fait l'art. 2262, ou, comme l'art. 1965, dénier et n'accorder *aucune action*, sont des choses absolument différentes de la déclaration qu'une présomption fait preuve ou dispense de la preuve. Les actes authentiques font *pleine foi,* le Code le déclare. Cependant on peut les combattre par des preuves contraires ; par un autre acte écrit, authentique ou sous seing privé; par la preuve testimoniale, dans les cas où il existe un commencement de preuve par écrit, c'est-à-dire une simple présomption fondée sur un écrit; par l'aveu de la partie, l'interrogatoire sur faits et articles, le serment, etc.

Comment donc croire qu'une simple présomption légale de libération fondée sur la remise du titre, ait plus de force qu'un acte écrit, qu'une quittance même authentique? C'est une erreur

(1) *Voy. supra*, n° 49.

(2) *Voy.* l'Exposé des motifs, dans Locré.

détruite par le Code même, qui, après avoir déclaré, dans l'article 1282, que la remise volontaire de l'acte sous seing privé fait preuve de libération, ajoute, par suite de la même présomption, dans l'article 1283, que la remise volontaire de la grosse du titre fait présumer la remise ou le payement de la dette, *sans préjudice de la preuve contraire*, réserve qui s'applique manifestement au cas de l'art. 1282, comme à celui de l'article 1283, fondés l'un et l'autre sur la même présomption.

Et quand cette réserve n'existerait pas, elle serait de droit sous-entendue; car, comme le dit fort bien Jaubert au même endroit : « Lorsque » la loi se borne simplement à établir une pré- » somption, la preuve contraire peut être admise, » quoique la loi ne la réserve pas, parce qu'*il est » dans la nature des présomptions qu'elles cèdent » à la preuve.* »

C'est en effet le principe général, fondé sur la raison naturelle. Il n'a d'exception que dans les cas où la loi a expressément voulu, par des considérations supérieures d'intérêt public, que la preuve contraire ne fût pas admise; et cette volonté expresse, elle la manifeste de deux manières, comme le dit l'art. 1352 : 1° lorsque, voulant prévenir les fraudes dont la preuve contraire pourrait devenir l'occasion, elle annule les actes qu'elle présume frauduleux; 2° lorsqu'elle refuse d'accorder une action en justice.

57. Il faut même le remarquer : c'est une remarque qu'il est nécessaire de développer. Le principe que la preuve contraire à la présomption légale n'est point admise, lorsque, sur le fondement de cette présomption, la loi annule les actes, a plusieurs exceptions.

C'est un point reconnu, établi même par les interprètes et les docteurs du droit civil et canonique, à l'égard de leurs présomptions *juris et de jure*. Ils posaient en principe ou en règle générale, que la preuve contraire à cette espèce de présomption n'est pas admissible; mais ils enseignaient en même temps que cette règle avait plusieurs exceptions ou limitations, dont la principale consiste en ce que la preuve indirecte est toujours admise; et la raison qu'ils en donnent est que, comme la loi exige certaines qualités, certaines circonstances pour établir une présomption, on est toujours admis à prouver que ces qualités ou ces circonstances, ou quelques-unes d'entre elles, n'existent pas dans tel cas particulier dont il s'agit. Voici comme Alciat (1) s'exprime sur ce point : *Limitatur 2° et si directa probatio regulariter non admittatur contra præsumptionem juris et de jure, admittatur tamen indirecta, quia, cum lex requirat certas qualitates et circumstantias ad hanc præsumptionem constituendam, semper admittuntur probationes, quod non sit talis casus, vel non adsit aliqua ex requisitis qualitatibus.*

C'est ce que les docteurs appellent la preuve indirecte contre la présomption, parce que, quoiqu'on n'attaque point directement la présomption, on la fait évanouir indirectement, en prouvant qu'elle n'est pas applicable au cas proposé. Voici l'un des exemples qu'ils donnent de leur limitation :

La femme contrainte, dans le principe, de contracter un mariage contre son gré, par crainte ou par violence, est présumée l'avoir volontairement ratifié, lorsqu'elle a longtemps cohabité avec son mari. C'est, disent les docteurs, une présomption *juris et de jure.*

Cependant elle peut détruire cette présomption par la preuve indirecte, en prouvant que c'est par force, par violence, ou par une crainte suffisante pour enchaîner sa liberté, qu'elle a continué d'habiter avec son mari. Cette preuve fait évanouir la présomption légale de ratification, uniquement fondée sur le fait supposé d'une cohabitation libre et volontaire (2).

Cet exemple est applicable à la disposition de l'article 181 du Code civil, qui admet la même présomption légale de ratification dans le cas proposé, et qui statue en conséquence que l'époux qui n'avait pas donné un consentement libre au mariage n'est plus recevable à l'attaquer, toutes les fois qu'il y a eu cohabitation continue *pendant six mois, depuis que l'époux a acquis sa pleine liberté.*

Voilà, comme dans le droit canonique, une présomption légale de ratification contre laquelle nulle preuve directe ne peut être admise, mais qu'on peut faire évanouir par la preuve indirecte, en faisant voir que la crainte et le défaut de liberté ont continué d'exister.

58. L'article 472 du Code civil nous en donne un autre exemple. Les traités faits entre le tuteur et le mineur devenu majeur, *non visis tabulis, nec dispectis rationibus*, ont été de tout temps présumés faits en fraude des droits du mineur, et surpris à son ignorance ou à sa facilité. L'article cité les déclare nuls, s'ils n'ont pas été précédés *de la reddition d'un compte détaillé, et de la remise des pièces justificatives.*

Si cette condition est accomplie, si les comptes ont été rendus et débattus sur le vu des pièces, la présomption sur laquelle est fondée

(1) *Tractat. de Præsumpt.*, pars 2, nos 11 et 12.
Tous les auteurs qui ont écrit après lui ont suivi sa doctrine et copié littéralement le passage cité. *Voy.* Menoch, *de Præsumpt.*, lib. 1, quæst. 65, et les auteurs qu'il cite, surtout Bartole, où cette doctrine est puisée. *Voy.* aussi Pirrhing, in tit. 22, X, *de Præsumpt.*, lib. 2, tit. 22, § 1, no 10.

(2) Rolland, vo *Présomptions*, nos 42, 43. — Duranton, t. 7 (XIII, éd. fr.), no 413, dit avec raison que ce n'est point là prouver contre la présomption directement ni indirectement, mais seulement prouver contre l'allégation d'une présomption bien ou mal à propos indiquée.

la nullité n'existe pas, le traité est valide. L'ancien tuteur a donc nécessairement la facilité de prouver l'accomplissement de cette condition; mais il ne peut la prouver que par écrit. *Le tout*, ajoute l'art. 472, *constaté par un récépissé de l'oyant compte, dix jours au moins avant le traité*. Ainsi, l'ancien tuteur ne pourrait prouver par témoins qu'il a rendu ses comptes et remis les pièces justificatives.

59. La prescription est encore un des exemples donnés par les docteurs, pour établir que la preuve indirecte est admise contre les présomptions *juris et de jure*. La présomption est fondée sur ce que le propriétaire qui a négligé d'agir ou de réclamer, en un mot, d'user de son droit dans le temps fixé par la loi, est présumé y avoir renoncé. C'est une des présomptions légales qu'ils appelaient *juris et de jure*, contre laquelle nulle preuve directe n'est admise. Cependant ils enseignent unanimement, et avec beaucoup de raison, qu'on admet et qu'on doit admettre ce qu'ils appellent *la preuve indirecte* contre cette présomption; c'est-à-dire, qu'on peut prouver qu'elle n'existe pas, en prouvant que les faits qui servent de fondement à cette présomption, que les conditions exigées par la loi pour l'établir, ne se rencontrent pas dans le cas particulier où se trouve celui qui l'invoque.

Le fondement de la présomption sur laquelle la loi a prononcé la prescription, est le fait d'une possession continue et non interrompue, paisible, publique, non équivoque, et à titre de propriétaire. Telles sont les conditions déterminées par l'article 2229 du Code civil. Il est toujours permis de prouver que ces conditions ou ces faits, nécessaires pour établir la présomption d'abandon, sur laquelle est fondée la prescription, n'existent point dans tel cas particulier, parce qu'il est toujours permis de se défendre. Aussi n'en a-t-on jamais douté : *Quia cum lex requirat certas qualitates et circumstantias ad præsumptionem constituendam, semper admittuntur probationes, quod non sit talis casus, vel non adsit aliqua ex requisitis qualitatibus.*

60. Ainsi, le principe établi par l'art. 1352 du Code, que « nulle preuve n'est admise contre la présomption de la loi, lorsque, sur le fondement de cette présomption, elle annule certains actes ou dénie l'action en justice, » ne s'applique qu'*à* la preuve *directe*, et ne peut jamais s'appliquer à la preuve *indirecte*, qu'on ne pourrait sans injustice refuser d'admettre.

L'article cité fait même, à l'égard de la preuve directe, une exception ou une limitation pour les cas où la loi aurait réservé la preuve contraire. « Nulle preuve, dit cet article, n'est ad» mise contre la présomption de la loi lors» que..... à moins qu'elle n'ait réservé *la preuve* » *contraire*. »

Il n'était nullement nécessaire d'exprimer cette limitation, dont on n'aperçoit pas clairement l'objet; car il est assez évident que, quelle que soit la disposition d'une loi, la preuve contraire ne peut être refusée dans les cas où la loi elle-même l'a réservée par une autre disposition spéciale. Les dispositions spéciales dérogent nécessairement aux dispositions générales.

Peut-être a-t-on voulu par là marquer la différence essentielle qui existe entre les présomptions sur le fondement desquelles il y a nullité des actes prononcés, ou dénégation de l'action en justice, et les autres présomptions établies par la loi, contre lesquelles la preuve contraire est toujours admise, quoiqu'elle ne soit pas réservée par la loi, parce qu'*il est dans la nature des présomptions de céder à la preuve contraire*. La réserve de cette preuve est donc de droit. Au contraire, elle ne l'est pas contre les présomptions légales, sur le fondement desquelles la loi prononce la nullité des actes ou dénie l'action en justice. Dans ces cas, il faut réserve spéciale de la preuve contraire.

L'embarras est d'en trouver des exemples. L'article 1283 du Code semblerait d'abord nous en présenter un ; il porte : « La remise volon» taire de la grosse du titre fait présumer la » remise de la dette ou le payement, *sans préju*» *dice* de la preuve contraire. »

Mais cette présomption de remise de la dette ou de payement n'est point au nombre de celles dont parle la disposition finale de notre article 1352, et sur le fondement desquelles la loi prononce la nullité des actes ou la dénégation de l'action en justice; en sorte qu'il n'était pas besoin de réserver ici la preuve contraire, qui est de droit, suivant la nature des autres présomptions légales.

Cherchons donc ailleurs l'exemple d'une application de la réserve dont parle l'article 1352.

Le trouverons-nous dans l'une des plus fortes présomptions établies par la loi, la présomption de vérité attachée aux actes écrits, et surtout aux actes authentiques, qui font pleine foi, suivant l'art. 1319, lequel réserve néanmoins la preuve directe par voie de plainte ou d'inscription de faux ? On trouve ailleurs d'autres dispositions qui permettent la preuve directe contre cette présomption, par tous les genres de preuve reçus en justice, par d'autres écrits authentiques ou privés, par la preuve testimoniale ou même par de simples présomptions, lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit, c'est-à-dire une présomption fondée sur un écrit, par l'aveu de la partie, par le serment, etc.

Il est vrai que dans ces cas la loi permet la preuve directe contre l'une des plus fortes de toutes les présomptions légales; mais cette présomption n'est point encore du nombre de celles sur le fondement desquelles la nullité des actes ou la dénégation de l'action est prononcée. Elle n'est au contraire établie que pour prêter la force de la loi à la preuve qui résulte des actes

où sont contenues la plupart des transactions de la vie sociale. Ce n'est donc point encore ici un exemple de la réserve dont parle la dernière disposition de l'article 1352.

Nous sommes même forcé d'avouer que nous n'en avons encore découvert aucun exemple dans notre législation nouvelle, et nous sommes porté à croire que cette limitation, *à moins qu'elle* (la loi) *n'ait réservé la preuve contraire*, a été insérée dans l'article 1352, sans aucune vue à telle ou telle présomption en particulier, mais comme un principe vrai et incontestable en lui-même, dont l'application pourrait un jour se rencontrer.

61. Après avoir expliqué les présomptions contre lesquelles, par exception spéciale, la loi n'admet nulle preuve contraire, revenons aux autres présomptions légales, demeurées sous l'empire de la règle générale, que toute présomption cède à la preuve contraire, *quoique la loi ne l'ait pas réservée* (1). Cette règle n'ayant d'autres exceptions que les deux qu'énonce l'article 1352 (2), il est inutile d'énumérer les présomptions contre lesquelles la preuve est admise.

---

(1) Expressions du tribun Jaubert.

(2) Si l'on s'arrêtait aux notices d'arrêts qui se trouvent dans les recueils où ils sont rapportés, on pourrait croire qu'un arrêt de la cour de cassation du 4 juillet 1816 a décidé que l'art. 2279 établit une troisième exception au principe que toute présomption cède à la preuve contraire, quoique la loi ne l'ait pas réservée. La notice de cet arrêt, dans le recueil de Sirey, t. 18, p. 166, porte :

« L'art. 2279 du Code civil n'établit pas seulement, » en faveur du possesseur d'une chose mobilière, qui » n'a été ni perdue ni volée, une simple présomption » de propriété qui le dispense de toute preuve ; elle éta- » blit une présomption *juris et de jure*, contre laquelle » aucune preuve ne peut être admise. »

Mais cette notice n'est nullement exacte ; et l'arrêt n'a décidé, ni que la présomption de propriété, établie par l'art. 2279 en faveur du possesseur d'un meuble, soit une présomption *juris et de jure*, expression barbare que le Code ne connaît point, ni qu'aucune preuve ne soit admise contre cette présomption de propriété, hors les deux seuls cas de vol ou de perte du meuble dont il s'agit. On peut même induire le contraire de cet arrêt, dont voici l'espèce :

Les deux frères de Creps s'étaient associés pour une entreprise de voitures publiques. La société fut dissoute en 1813, et les objets qui la composaient furent partagés.

Peu après, de Creps jeune prétendit qu'une voiture, déposée par son frère chez un serrurier pour la réparer, était restée indivise lors du partage. Il demande à prouver que son frère lui avait offert 4,000 fr. pour sa part.

L'aîné répondit qu'il était en possession de la voiture ; que cette possession était une preuve de propriété qui ne pouvait être combattue par la preuve contraire qu'en deux cas, ceux de perte ou de vol ; qu'hormis ces deux cas, la présomption qui résulte de la possession est une présomption *juris et de jure*, suivant le langage des jurisconsultes, contre laquelle nulle preuve ne peut être admise.

Le tribunal civil de la Seine rejeta la demande de de Creps jeune, « attendu qu'en fait de meubles, la posses- » sion vaut titre, et que de Creps aîné était en possession » de la voiture, puisque c'était lui qui l'avait déposée » chez Arnault. »

On ne peut pas dire que ce jugement fût mal rendu ; car certainement la preuve testimoniale des prétendues offres de 4,000 francs n'était pas admissible. La cour d'appel de Paris, par arrêt du 8 octobre 1814, déclara également la preuve de ces offres inadmissible, mais elle alla trop loin, en donnant pour motif, « que la pre- » mière disposition de l'art. 2279 du Code civil, portant » qu'*en fait de meubles, la possession vaut titre*, établit, » en faveur du possesseur d'une chose mobilière, une » présomption de propriété *juris et de jure*, *qui ne peut* » *être combattue par la preuve contraire*. »

Cette proposition fit déférer l'arrêt à la censure, *pour fausse application* de l'art. 2279, qui n'a pas dit, et qui n'aurait pu dire sans injustice, que la seule possession d'un meuble en rend le possesseur propriétaire incommutable, sans qu'on puisse lui opposer aucune preuve contraire, hors les cas de vol ou de perte de meuble. Mais indépendamment de cette maxime, très-fausse par sa généralité, la question était de savoir si la cour d'appel avait faussement appliqué l'art. 2279 à l'espèce du procès. La cour de cassation décida la négative, et avec beaucoup de raison, « attendu que s'il n'est pas vrai » qu'*en général* la possession vaut titre en fait de meu- » bles, il est constant que l'art. 2279 n'y apporte que » deux restrictions *expresses*, l'allégation de la perte ou » du vol de la chose réclamée, lorsqu'elle est dans la » possession d'un tiers ; que le demandeur n'alléguait ni » perte ni vol de la voiture :... qu'il y avait eu une société » partagée entre lui et son frère ;... qu'*aucune difficulté* » *n'avait eu lieu après ce partage* ; que ce dernier était » en possession publique de la voiture, qu'il a confiée à » un serrurier pour y faire des réparations ; que le de- » mandeur en cassation a fait faire à ce serrurier défense » d'en faire remise à son frère, soutenant qu'il en était » copropriétaire ; que sur cette opposition il y a eu pro- » cès entre les deux frères ; qu'après des plaidoiries con- » tradictoires, en première instance et en cour d'appel, » le premier tribunal et l'arrêt attaqué ont reconnu, » *en appréciant les explications respectives des par-* » *ties*, que le principe général était applicable ; *ce qui* » *suffit pour justifier l'arrêt* ; rejette. » Du 4 juillet 1816.

L'arrêt avait donc besoin d'*être justifié*. Mais en quoi ? En ce qu'il énonçait que la présomption de propriété, établie par l'art. 2279 du Code, *ne peut être combattue par aucune preuve contraire*.

Mais si cette assertion était fausse, l'arrêt était-il bien rendu au fond ? Oui, sans doute, dit fort bien la cour de cassation ; car d'abord, l'art. 2279 ne fait que deux restrictions *expresses* à la présomption qu'il établit. Ni l'une ni l'autre ne se rencontrent dans l'espèce. Quant aux autres restrictions qui ne sont pas expresses, et qui par cela même restent abandonnées à l'appréciation des juges, elles dépendent des faits et des circonstances de la cause. Or, dans l'espèce, les faits et les circonstances étaient favorables au possesseur. L'ancienne société, dont son adversaire argumentait, était dissoute ; les meubles et effets en avaient été partagés ; aucune difficulté n'avait eu lieu après le partage ; le défendeur était en possession publique de la voiture ; enfin les juges, tant de première instance que d'appel, avaient, en appréciant les explications respectives des parties, reconnu que *le principe général*, la possession vaut titre, était applicable à l'espèce : *ce qui suffit pour justifier l'arrêt*.

Ainsi, loin qu'on puisse induire de la décision de la cour de cassation qu'aucune preuve ne peut être admise contre la présomption établie par l'art. 2279, on en doit au contraire tirer une conséquence tout opposée ; et cette conséquence est conforme au principe général que toute

Il suffit, pour les connaître, de voir si elles se trouvent dans l'un des deux cas spéciaux dont parle l'article cité, c'est-à-dire si, sur leur fondement, la loi annule certains actes ou dénie l'action en justice. Nous en donnerons un seul exemple qui, dans certains cas rares, peut devenir important, et qui pourrait faire naître des doutes, parce qu'on pourrait le regarder comme tenant au droit public (1).

62. L'art. 1er du Code civil porte que « les » lois seront exécutées du moment où la pro- » mulgation en pourra être connue ; » il ajoute que « la promulgation *sera réputée connue,* dans » le département de la résidence royale, un » jour après celui de la promulgation, et dans » chacun des autres départements, après l'expi- » ration du même délai, augmenté d'autant de » jours qu'il y aura de fois dix myriamètres » (environ vingt lieues anciennes) entre la ville » où la promulgation aura été faite et le chef- » lieu de chaque département. »

Pour ne pas laisser de doute sur les distances, le gouvernement en a fait rédiger un tableau.

Cette présomption de connaissance de la promulgation de la loi est fondée sur la possibilité que la nouvelle en soit parvenue à chaque département, dans le temps donné, par la voie ordinaire des courriers de la poste.

L'art. 1er du Code est changé, abrogé même, par l'ordonnance royale du 27 novembre 1816, qui porte : « A l'avenir, la promulgation des lois » et de nos ordonnances résultera de leur inser- » tion au bulletin officiel. »

L'art. 2 ajoute : « Elle sera *censée connue,* » conformément à l'art. 1er du Code civil, un » jour après que le bulletin des lois aura été » reçu de l'imprimerie royale, par notre chan- » celier ministre de la justice, lequel constatera, » sur un registre, l'époque de la réception (2). »

Enfin l'art. 3 statue que « les lois et ordon- » nances seront exécutoires dans chacun des » autres départements, après l'expiration du » même délai, augmenté d'autant de jours qu'il » y aura de fois dix myriamètres entre la ville » où la promulgation en aura été faite et le » chef-lieu de chaque département, suivant le » tableau annexé à l'arrêté du 25 thermidor » an XI, ou 13 juillet 1803 (3). »

Nous avons fait voir ailleurs (4) combien ce nouveau mode de promulgation est vicieux et contraire à la justice; combien aussi le gouvernement est disposé à en revenir. En attendant, il faut observer l'ordonnance royale, dont la disposition, comme celle du Code, est fondée sur la présomption de possibilité que la nouvelle de la promulgation a pu parvenir dans le délai donné. Supposons maintenant que cette possibilité soit détruite ou interrompue par des événements fortuits, mais notoires, à l'égard de telle ville, de tel canton. Cependant, au moment où ces événements sont arrivés, il venait d'être rendu une loi fiscale ou une loi criminelle, dont la promulgation, en suivant la présomption de la loi et le tableau des distances, eût été censée connue dans la ville dont il s'agit, le 1er mars. Le 2 du même mois, Caïus contrevient aux dispositions de cette loi, qu'il ne connaissait pas. La loi arrive enfin, mais plus tard ; et le procureur du roi, plein de zèle, prétend faire appliquer à Caïus l'amende considérable, ou la peine prononcée par la loi contre l'action qu'il a commise, et qui est qualifiée de délit.

L'accusé peut-il demander à prouver, contre la présomption de la loi, que, depuis le 28 février, toute communication est devenue impossible et a été interrompue de fait, pendant plusieurs jours, entre la ville où il demeure et la capitale, et même les autres villes les plus voisines ?

Nous avons établi l'affirmative tome 1, n° 77 : la disposition finale de l'article 1352 nous semble dissiper toute espèce de doute à cet égard. La présomption dont il s'agit n'est point du nombre de celles sur le fondement desquelles la loi annule les actes, ou dénie l'action en justice. La preuve contraire doit donc être admise. Elle ne pourrait être refusée sans injustice. La loi ne peut frapper avant d'avoir averti. Si l'accusé n'a pu l'être, il ne peut être puni.

63. La prérogative de faire preuve en justice, et de dispenser de toutes preuves celui au profit duquel elles existent, n'est point la seule différence qu'il y ait entre les présomptions légales et les simples présomptions de l'homme ou du magistrat. A la vérité, elles ont cela de commun que, hors les deux cas dont parle la disposition finale de l'art. 1352, elles peuvent, les unes comme les autres, être détruites par une preuve

---

présomption doit céder à la preuve contraire, lors même qu'elle n'est pas réservée par la loi.

Ce n'est pas ici le lieu d'expliquer l'art. 2279, dont les dispositions sont de droit nouveau. Suivant le *droit commun*, antérieur au Code, les meubles se prescrivaient par une possession publique et paisible de trois ans, avec titre et bonne foi. *Voyez* Pocquet de Livonière, *Règles du droit français*, chap. *de la Prescription*, n° 13 ; l'art. 419 de la coutume d'Anjou, et *ibi* Dupineau ; Pothier, *Traité de la prescription*, nos 199-205.

(1) *Voy. supra*, n° 48, et Dalloz, n° 54 ; Duranton, t. 7 (XIII, éd. fr.), n° 336.

(2) La loi belge du 19 septembre 1831 porte que les lois seront obligatoires dans tout le territoire du royaume le 11e jour après leur promulgation.

(3) Les actes du pouvoir exécutif restent, en Belgique, sous l'empire de l'arrêté de circonstance du 5 octobre 1830, et sont obligatoires trois jours francs après l'arrivée du *Bulletin* au chef-lieu de la province. Il semble que nous ayons cherché tout ce qu'il y avait de plus vicieux dans les divers systèmes pour l'adopter. Joignez à cela L'EXACTITUDE apportée dans la publication du *Bulletin*, et dites si ce n'est pas un véritable *guet apens* qu'un pareil système !

(4) T. 1, nos 76 et suiv.

contraire; mais elles diffèrent par un point essentiel.

Les présomptions de l'homme, celles qui ne sont point établies par la loi, étant entièrement abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat, il est toujours le maître de les rejeter ou de leur préférer d'autres présomptions du même genre, qui les combattent; il est libre de choisir entre celles qui se présentent : une présomption peut détruire une autre présomption.

Mais il n'y a qu'une preuve contraire proprement dite qui puisse faire taire la présomption établie par la loi, à moins que la loi n'ait elle-même établi d'autres présomptions qui puissent opérer cet effet. « La présomption capable d'at- » taquer celle de la loi, dit d'Aguesseau, » 23e plaid., tom. 2, pag. 542, doit être écrite » dans la loi même, elle doit être fondée sur un » principe infaillible pour pouvoir détruire une » probabilité aussi grande que celle qui sert de » fondement à cette preuve. »

Voet, ff. *de probat. et præsumpt.*, n° 15, enseigne la même doctrine : « *Juris præsumptio,* » *quæ ex legibus introducta est, ac pro veritate* » *habetur, donec probatione aut præsumptione* » *contraria fortiore enervata fuerit : cum ex ipso* » *jure descendat, in potestate vero judicis facti* » *quidem quæstio sit, non juris auctoritas, con-* » *sequens est eam ab arbitrio judicis non de-* » *pendere.* »

Ainsi, non-seulement la présomption légale forme une preuve dont le magistrat ne peut s'écarter sans une preuve contraire plus forte; mais la preuve contraire ne peut consister dans de simples présomptions de l'homme non établies par la loi. Ces principes ont été consacrés dans les considérants d'un arrêt de cassation (1), rendu le 5 janvier 1810, sur les conclusions du savant procureur général Merlin. « Attendu, » porte l'un des considérants, que si une pré- » somption de droit peut être détruite par la » preuve positive d'un fait contraire à celui » qu'elle suppose, elle ne peut du moins pas » l'être par *des présomptions non autorisées par* » *la loi,* et purement arbitraires. »

Ainsi, dans les cas mêmes où la loi permet au magistrat de juger sur de simples présomptions, elles ne suffisent pas pour détruire une présomption établie par la loi (2).

64. Il nous reste à parcourir ou à résumer les cas que l'article 1350 présente comme des exemples de présomptions légales; tels sont, « 1° les actes que la loi déclare nuls, comme » présumés faits en fraude de la loi, *d'après leur* » *seule qualité.* »

Par exemple, les actes déclarés nuls, comme faits à des personnes présumées interposées entre le donateur et un incapable de recevoir. *Voy.* les art. 911, 1100, etc. Nous avons donné plusieurs exemples de ces actes déclarés nuls, comme présumés frauduleux.

Notre art. 1350 ajoute *d'après leur seule qualité,* pour distinguer les actes que la loi présume frauduleux, des actes que des circonstances extérieures peuvent faire annuler comme présumés frauduleux; car la fraude, le dol, la surprise, la contrainte, etc., peuvent être prouvés par des présomptions non établies par la loi.

Remarquez cependant que cette expression d'actes présumés frauduleux *d'après leur seule qualité,* n'est rien moins qu'exacte; car c'est plutôt la qualité des personnes que la qualité des actes qui les fait présumer frauduleux par la loi. Par exemple, ce sont les qualités d'époux, de père ou de mère, d'enfant ou descendant d'une personne incapable, qui font annuler, comme présumée frauduleuse, une donation qui, sans la qualité du donataire, n'aurait rien de frauduleux aux yeux de la loi, quoique peut-être d'autres circonstances puissent la faire annuler, comme présumée frauduleuse par le magistrat.

C'est aussi la qualité des personnes qui fait annuler, comme présumées frauduleuses, les adjudications faites aux tuteurs, mandataires, administrateurs, juges, etc., dans les art. 1596 et 1597.

2° Les cas dans lesquels la propriété ou la libération résulte de certaines circonstances déterminées, sont le second exemple de présomptions légales que nous donne l'art. 1350. Par exemple, dit le tribun Jaubert, « certains signes » extérieurs caractérisent la mitoyenneté d'un » mur de séparation entre deux héritages. La » remise volontaire de la grosse du titre fait » présumer la remise de la dette ou le paye- » ment. »

Nous avons expliqué ailleurs ce qui concerne ces deux espèces de présomptions. Tels sont encore les cas où la loi déclare que les prescriptions de toute espèce sont acquises. Ce n'est pas ici le lieu d'en parler.

Le Code traite, dans les sect. 4 et 5, de la force que la loi attache à l'aveu de la partie, ou à son serment, que notre article 1350 met au rang des présomptions légales; mais c'est dans le présent paragraphe qu'il traite de la présomption légale résultant de la chose jugée, dont, à cause de son importance, nous ferons un article séparé.

---

(1) Rapporté dans les *Questions de droit*; 3me édition, v° *Douanes*, t. 2, p. 482.

(2) *Voyez* Rolland, n° 45; Dalloz, v° *Présomption*, n° 55.

ARTICLE Ier.

De la Présomption qui résulte de la chose jugée.

SOMMAIRE.

65. La force de la chose jugée et celle de la preuve testimoniale sont fondées sur deux présomptions analogues ; cependant l'enquête ne lie point le juge, et il ne peut s'écarter de la chose jugée.
66. L'autorité de la chose jugée est fondée sur l'intérêt public.
67. Démonstration de cette vérité par la doctrine de Socrate, de Cicéron.
68. Cette autorité, accordée même aux jugements injustes, est telle, qu'elle fait présumer vrai même ce qui est faux.
69. Mais cette présomption ne change point la nature des choses. L'opinion publique réforme les jugements iniques, et note les juges qui les ont rendus.
70. La présomption de vérité attachée à la chose jugée ne s'applique qu'aux effets civils.
71. Cette présomption est du nombre de celles qui cèdent à la preuve contraire. C'est la doctrine du conseil d'État.
72. Mais cette preuve ne peut être admise que pendant un certain temps.
73. La chose jugée n'éteint point l'action *ipso jure*; elle ne produit qu'une exception qu'il faut proposer.
74. Les juges ne peuvent la suppléer.
75. On peut renoncer à cette exception.
76. Elle ne dérive point du droit des gens, mais du droit civil. Ainsi, les jugements rendus en pays étranger ne peuvent avoir ni l'autorité de la chose jugée, ni la force exécutoire.
77. Ni conférer une hypothèque en France. C'est un point de jurisprudence très-ancien, consacré par l'ordonnance de 1629.
78. Cette loi distingue, dans les actes passés chez l'étranger, ce qui appartient à la puissance publique, de ce qui ne dépend que de la volonté des parties.
79. Comment la volonté des parties concourt avec la puissance publique dans les actes notariés, qui tiennent lieu de *simples promesses*, et qui sont néanmoins authentiques. Pourquoi. Fondement de la maxime *locus regit actum*, à la note.
80. Dans les jugements, la volonté des parties n'est comptée pour rien.
81. La loi ne considère que l'*extranéité* du pouvoir dont le jugement émane. Elle ne distingue ni les matières, ni les personnes.
82. Ainsi, toute personne étrangère ou française à laquelle on oppose un jugement rendu chez l'étranger peut débattre ses droits comme entiers devant les tribunaux français. Distinction de Boullenois rejetée.
83. Arrêt qui rejette cette distinction.
84. Disposition de nos Codes nouveaux, qui ont consacré le principe établi par l'ordonnance de 1629.
85. Elles n'y ont rien changé. Arrêts qui ont rejeté la fausse interprétation qu'on voulait donner à l'article 546 du Code de procédure.
86. Mais les actes d'instruction faits en pays étranger, par exemple les enquêtes, ne sont pas nuls.
87. Les sentences arbitrales rendues en pays étranger, même par des arbitres étrangers, sont valides, et pourquoi.
88. Même en matière de société, où l'arbitrage est forcé.
89. Les traités de nation à nation font cesser la disposition de nos lois sur les jugements étrangers. Exemple.
90. Mais il faut obtenir une ordonnance d'*exequatur*.
91. A défaut de traité, il ne suffirait pas qu'une loi du pays ou un usage local attribuât l'autorité de la chose jugée aux jugements rendus en France, et pourquoi.
92. Objection tirée du droit de réciprocité. Arrêt dans l'affaire de la princesse de Carignan.
93. *Quid* des jugements rendus dans les pays réunis à la France, et qui en sont séparés depuis la restauration? Dispositions des États voisins sur ce point. Décret du pape.
94. Quand y a-t-il chose jugée?
95. Les jugements de provision n'ont pas l'autorité de la chose jugée.
96. Ni les jugements préparatoires ou interlocutoires.
97. Suivant l'ordonnance de 1667, à laquelle le Code n'a point dérogé, les jugements qui ont l'autorité de la chose jugée sont ceux rendus en dernier ressort, ceux dont il n'y a pas eu d'appel, ou dont l'appel est périmé.
98. Il en est de même des jugements rendus dans les affaires où l'on a d'avance renoncé à l'appel.
99. L'autorité de la chose jugée s'évanouit par l'appel, lorsqu'il est encore recevable.
100. Les voies extraordinaires prises contre un jugement non sujet à l'appel ne suspendent pas l'autorité de la chose jugée.
101. L'omission de qualifier un jugement en dernier ressort n'empêche pas qu'il n'ait l'autorité de la chose jugée.
102. Les jugements par défaut ont la même force que les contradictoires, après les délais de l'opposition.
103. Quels sont les délais?
104. Tous les jugements ont l'autorité de la chose jugée après les délais de l'appel. Quels sont ces délais? Variation de la législation sur ce point.
105. On ne peut appeler avant huitaine à compter du jour du jugement.
106. De l'acquiescement exprès ou tacite.
107. De la signification sans réserve ni protestation.
108. L'acquiescement qui en résulte n'est que conditionnel, si l'autre partie n'appelle pas.
109. On peut être restitué contre l'acquiescement, pour cause légitime.
110. La péremption, en cause d'appel, donne irrévocablement au jugement la force de la chose jugée.
111. Les jugements nuls et les jugements iniques acquièrent la force de chose jugée. Différence entre ces jugements.

112. En droit romain, les jugements nuls l'étaient de plein droit, sans recourir à l'appel.

113. En France, les voies de nullité n'ont lieu ; la nullité n'empêche point le délai de l'appel de courir.

114. Ce délai n'est point une prescription. On ne peut lui appliquer l'art. 2267 du Code civil.

115. Les nullités peuvent-elles être prononcées par les juges qui ont rendu le jugement? Première distinction entre les jugements interlocutoires et définitifs.

116. Les interlocutoires ne lient point les juges.

117. Si ce n'est dans le cas où le fond de l'affaire est tellement décidé, qu'il n'y a plus rien à examiner en définitive. Par exemple, quand l'interlocutoire défère le serment supplétoire.

118. L'interlocutoire ne peut être réformé par les juges qui l'ont rendu, lorsqu'il y a appel.

119. Seconde distinction entre les jugements contradictoires et ceux par défaut. Ceux-ci, au moyen de l'opposition simple, peuvent être réformés par les juges qui les ont rendus.

120. Quant aux premiers, ils ne peuvent l'être.

121. Pas même ceux qui sont rendus faute de preuve ou faute d'avoir produit telle pièce. On les appelait en Bretagne *jugements comminatoires*.

122. Fausse doctrine des *comminatoires* repoussée par d'Aguesseau.

123. Néanmoins admise et consacrée par le parlement de Bretagne.

124. Mais repoussée par la cour de cassation en l'an VIII.

125. Et enfin, après variation, par la cour royale de Rennes.

126. Mais cela n'empêche pas celui qui a recouvré la quittance d'une somme qu'il est condamné de payer, de faire valoir cette quittance par exception, ou même pour répéter ce qu'il aurait payé une seconde fois, ou par compensation.

127. Pourvu que l'exception de payement ou de compensation n'ait pas été jugée et rejetée.

128. Ancienneté de la jurisprudence française qui défend aux juges de réformer les jugements qu'ils ont rendus. Arrêt de la cour de cassation sur ce point.

129. Peuvent-ils réformer les jugements arrêtés, mais non signés ni mis au greffe ?

130. Ils le peuvent avant la prononciation du jugement à l'audience, mais non depuis.

131. *Quid* s'il s'était glissé des erreurs dans la rédaction ?

132. Ces règles sont communes aux jugements rendus par les tribunaux inférieurs, dans les cas où ils peuvent juger en dernier ressort, quand même ils auraient omis de l'exprimer.

133. Y a-t-il des exceptions à la règle que les nullités n'ont pas lieu de plein droit ? Qualités qui constituent un jugement. Comment il faut prononcer sur les intérêts.

134. Disposition de nos lois sur la manière de rédiger un jugement.

135. Point de nullités dans le jugement, si la formalité n'est pas prescrite sous peine de nullité.

136. Quelles sont les nullités qu'on peut aujourd'hui invoquer contre un jugement ?

137. La loi du 20 avril 1810 ne force plus les juges, comme celle du 24 août 1790, à poser les questions de fait et de droit.

138. Cependant, en ne votant pas séparément sur ces questions, mais sur une question complexe, les juges s'exposent à rendre un jugement contraire au vœu de la majorité.

139. Démonstration de ce danger par un exemple. Les législateurs de Genève l'ont senti et prévenu.

140. Les juges peuvent et doivent même continuer de suivre la loi du 24 août 1790, sur la position des questions de fait et de droit, et voter séparément sur chacune.

141. Suivant le Code de procédure, la rédaction des jugements doit être faite sur les qualités signifiées entre les parties ; et cependant, par une contradiction palpable, les qualités ne sont signifiées qu'après le jugement rendu, et pour les régler, si l'on n'est pas d'accord, il faut aller en référé.

142. Les rédacteurs du Code de procédure, avertis de cette absurdité, n'y voulurent rien changer. Les Genevois l'ont corrigée. Vœu pour que nous ayons la sagesse de les imiter.

143. Quatre conditions sont exigées pour donner lieu à l'exception de la chose jugée : 1° identité de la chose demandée ; 2° identité de la cause sur laquelle la demande est fondée ; 3° identité des personnes ; 4° identité de qualité dans les personnes.

144. 1° Identité de la chose. Ce doit être le même corps, la même quantité, le même droit.

145. Les augmentations, diminutions ou changements survenus n'empêchent pas que ce soit le même corps.

146. On ne peut demander la partie d'un tout qui était l'objet de la première action.

147. Développement de la règle *in toto pars continetur*. L'usufruit fait partie de la propriété.

148. Demande de 10,000 fr. après avoir échoué dans celle de 20,000.

149. Demande d'un passage à pied, après avoir demandé un passage à toute occurrence.

150. Après avoir échoué dans la demande collective de deux choses, on ne peut plus demander l'une d'elles seulement.

151. Tout ce qui a été séparé d'un corps depuis la première demande, est censé en faire partie lors de la seconde.

152. *Quid* des matériaux d'une maison détruite depuis le jugement ?

153. Peut-on demander par une seconde action le tout dont on avait seulement demandé partie, par exemple la propriété, après avoir demandé l'usufruit.

154. On peut dire que, dans ce dernier cas, la chose demandée n'est pas la même.

155. Développement et explication de la maxime que la partie n'est pas comprise dans le tout.

156. On peut demander la propriété après avoir échoué dans l'action possessoire.

ni profiter à des tiers. Exemple dans les jugements rendus pour ou contre l'un des héritiers du créancier ou du débiteur.

196. Il peut en résulter le scandale de deux jugements contraires rendus sur le même objet et sur les mêmes moyens.

197. Application de la règle *res judicata tertio non nocet*, à une espèce singulière de préférence d'hypothèque. (L. 16, ff. *qui potiores*.)

198. Quand y a-t-il identité de personnes?

199. Des successeurs à titre universel, et même à titre particulier, ou ayants cause en matières réelles.

200. Si l'acquéreur représente le vendeur, le vendeur ne représente pas l'acquéreur. Exemples et conséquences.

201. La division des créances d'une succession peut faire concourir le principe que l'autorité de la chose jugée n'a point lieu contre les tiers, avec celui qui n'a lieu que pour les mêmes choses.

202. Dans le cas d'une dette solidaire, le jugement rendu contre le créancier peut lui être opposé par les autres codébiteurs.

203. Le jugement rendu contre l'un des débiteurs solidaires a force de chose jugée contre les autres; mais il faut le faire signifier huit jours avant l'exécution, et cette signification est nécessaire pour faire courir contre eux le délai de l'appel.

204. Le jugement rendu contre l'un des créanciers solidaires peut être opposé aux autres; sauf l'appel.

205. La solidarité prononcée par la loi a les mêmes effets que la stipulation de solidarité.

206. Dans les créances indivisibles, c'est-à-dire, dont le payement ne peut être divisé, les jugements rendus contre l'un des débiteurs peuvent être opposés aux autres.

207. Opinion de Pothier sur ce point.

208. Exception pour les cas de collusion.

209. Le jugement rendu en faveur du débiteur profite au fidéjusseur.

210. On peut lui opposer le jugement rendu contre le débiteur; mais il peut en être appelant.

211. Peut-il l'attaquer par la tierce opposition? Est-il l'ayant cause du débiteur? Distinction.

212. Les légataires n'étant point les ayants cause de l'héritier, les jugements rendus contre lui ne peuvent leur être opposés.

213. De l'identité de qualités dans les parties, exigée pour donner lieu à l'autorité de la chose jugée.

214. Du cas où les qualités séparées dans l'origine se sont confondues avant la première demande. Par exemple, les qualités d'héritier du père et de la mère.

215. Et du cas où elles n'auraient pas été confondues lors du premier jugement.

216. Les causes d'état, appelées par excellence *causes préjudicielles*, forment exception au principe de l'identité des personnes, pour donner lieu à l'autorité de la chose jugée.

217. Importance de ces questions. Les jugements qui les décident ont force de loi.

218. Ils s'étendent sur l'avenir comme sur le passé.

219. Pourvu qu'ils soient rendus avec un légitime contradicteur, c'est-à-dire, avec celui qui a le premier et le principal intérêt dans la cause.

220. En matière de filiation, le père et la mère sont également intéressés. Tous les deux doivent être mis en cause.

221. Il faut même y mettre les enfants d'un précédent mariage.

222. Mais si le jugement où ils ne sont pas appelés est en faveur de leurs père ou mère, il a pour eux l'autorité de la chose jugée.

223. *Quid* de l'enfant qui n'était pas né lorsque le procès a commencé?

224. Ces principes s'appliquent au cas du mariage d'une femme attaqué par le mari, par les enfants d'un précédent mariage, ou par des collatéraux. Les enfants nés du mariage attaqué doivent être mis en cause.

225. Si les enfants étaient émancipés, il faudrait les appeler en privé nom : s'ils étaient mineurs, il faudrait appeler leur père ou mère en qualité de tuteur, ou faire nommer un curateur *ad hoc*. Arrêt qui consacre ces principes.

226. C'est en conséquence des mêmes principes que les rectifications des actes de l'état civil n'ont point de force contre les tiers.

227. *Quid* si le contradicteur légitime laisse défaut?

228. Il faut que la question d'état soit l'objet principal du jugement. Il ne suffit pas qu'on puisse en tirer une conséquence en faveur de la question d'état; par exemple, un jugement qui condamne à nourrir un enfant.

229. L'état des hommes ne s'établit point par simple préjugé. Il peut y avoir preuves suffisantes pour condamner à des aliments, mais non pour déclarer la paternité.

230. Mais la question d'état peut être jugée incidemment et par voie d'exception aussi bien que par voie d'action.

231. Exemple dans l'affaire de Masson Maisonneuve.

232. En prononçant sur la tierce opposition contre un arrêt, il peut être ordonné qu'il n'aura pas de force contre les tiers opposants; mais il la conserve entière contre ceux entre lesquels il a été rendu. Il peut en résulter que le même individu est censé légitime dans une famille, et illégitime dans l'autre.

233. C'est un effet de la chose jugée, qui peut *de non jure facere jus, de non ente ens*.

234. Lorsqu'une question est jugée plusieurs fois entre personnes différentes, on est toujours exposé au scandale de deux jugements contraires : *De deux frères fondés en mêmes droits, titres et cause, l'un perd sa cause, l'autre la gagne*, et quoique l'un des jugements soit nécessairement mal rendu, il faut les exécuter tous les deux.

235. Ainsi, le même individu peut être considéré comme héritier à l'égard de certain créancier de la succession, et non à l'égard des autres.

236. L'art. 800 ne contient aucune exception en ce point à l'article 1351.

65. La preuve testimoniale et la chose jugée tirent leur force de deux présomptions également incertaines et absolument analogues : présomption de probité, présomption d'intelligence dans la personne du témoin et dans celle du juge.

On présume de la probité des témoins qu'ils n'ont pas voulu tromper; de leur intelligence, qu'ils ne se sont pas trompés.

On présume également de la probité des juges qu'ils sont incapables de prévariquer, au point de rendre sciemment une sentence contraire aux lois et à leur conscience.

Le choix de leurs personnes pour les fonctions augustes qu'ils exercent fait présumer qu'ils ont assez de lumières et de sagacité pour discerner la vérité, dans les questions de droit et de fait soumises à leur jugement, au travers des ténèbres dont cherchent à l'envelopper les artifices d'un plaideur subtil et de mauvaise foi.

Il est assez facile de s'assurer que les témoins ont une intelligence suffisante pour rapporter fidèlement les faits qu'ils ont eux-mêmes vus ou entendus, *quæ sensu corporeo perceperunt;* car ce n'est que sur ces faits que doit porter leur témoignage, et non sur l'opinion qu'ils ont conçue de la fausseté ou de la vérité de tels ou tels faits, sur des ouï-dire ou sur des conjectures plus ou moins vraisemblables.

Mais il est presque impossible de s'assurer qu'ils ne trompent pas, qu'ils ne trahissent pas la vérité par des déguisements et des réticences coupables, ou même par des mensonges criminels.

De là l'incertitude de la preuve testimoniale qui, suivant nos lois, ne lie pas la religion des juges. Ils peuvent s'écarter du résultat de l'enquête, lorsqu'ils ne sont pas persuadés, lorsqu'ils ont des raisons de croire que les dépositions ne sont pas conformes à la vérité. *Voyez*

ce que nous avons dit, au présent volume, n° 322.

Il en est autrement de la chose jugée : les tribunaux ne peuvent s'en écarter. Cependant les juges sont hommes, et, comme tels, sujets à l'erreur. Organes de la loi, ils devraient être impassibles comme elle ; et toutes les passions les assiégent, les dominent même quelquefois. L'esprit de parti les égare et fausse leur conscience. Le choix qui les élève est souvent dû à l'intrigue d'un protecteur en crédit ou à l'influence d'une faction, plutôt qu'au mérite, à la probité et aux lumières du candidat.

Le temple qui les réunit ne devrait compter, selon d'Aguesseau, que des savants éprouvés ; et cependant combien en trouve-t-on peu qui attachent du prix à la science ! combien même la dédaignent !...

Combien aussi, dans tous les temps, ne s'est-on pas plaint de l'incertitude des jugements ! Combien de questions diversement jugées dans la même cour, selon l'absence ou la présence de tels ou tels juges, selon qu'elles se trouvaient portées dans telle ou telle chambre, selon les temps, selon les lieux, selon la qualité des personnes !

De là le proverbe qui range les jugements au nombre des chances d'un hasard aveugle : *alea judiciorum*.

66. D'où viennent donc cette force, cette autorité qu'accorde la loi à la chose jugée qu'elle regarde comme une vérité présumée ? *Res judicata pro veritate accipitur.* (L. 207, ff. *de reg. jur.*)

Cette autorité si respectable vient de plus haut.

C'est une conséquence directe, ou, si l'on veut, une des conditions de l'état civil, dont la première loi est que nul associé ne se fera justice par lui-même, mais qu'il la demandera aux dépositaires de la puissance publique. *Voy.* tome I, n° 201.

En entrant, en restant dans l'état civil, tout citoyen se soumet à faire décider par le magistrat les différends qu'il pourrait avoir avec d'autres personnes. Il est donc obligé de respecter et d'observer les décisions légalement rendues contre lui, lors même qu'il les trouverait injustes, lors même qu'elles le seraient en effet ; car il ne peut s'y soustraire sans troubler l'ordre public, sans détruire, autant qu'il est en lui, les lois de l'Etat, qui demeurent sans force et sans autorité si tout homme privé peut, suivant son caprice ou son intérêt, désobéir impunément aux décrets du magistrat établi pour rendre les oracles de la loi.

67. C'est une vérité démontrée d'une manière sublime par le plus sage des mortels. Les amis de Socrate, condamné à mort par une sentence inique, le sollicitaient de s'y dérober par la fuite. Tout était préparé. Ils le pressaient de se rendre à leurs instances, au nom de tout ce qui peut émouvoir un cœur sensible ; au nom de la sainte amitié, on reprocherait à ses amis de ne l'avoir pas sauvé quand ils en avaient le pouvoir ; au nom de ses enfants, dont sa mort laisserait le sort et l'éducation abandonnés aux chances du hasard ; enfin, au nom de la justice, qui ne lui permettait pas de s'abandonner lui-même, quand il pouvait se sauver, et qui lui commandait d'épargner un grand crime à sa patrie.

Le sage vieillard, dans sa réponse, commence par poser en principe qu'il ne doit pas se rendre aux désirs de ses amis, si leur proposition blesse les lois d'Athènes, auxquelles il a promis d'obéir en demeurant dans la cité. Et afin de donner plus de force à la discussion, il personnifie les lois pour les faire parler elles-mêmes par une admirable prosopopée (1) : « Que vas-tu faire, ô Socrate ? lui disent-elles. Ne vois-tu pas que ton projet de fuite prépare, autant qu'il est en toi, la destruction, l'anéantissement des lois et la chute de la république ? Penses-tu donc qu'un État puisse subsister sans lois, et que les lois ne soient pas détruites et anéanties lorsque les jugements n'ont aucune force, lorsque chaque homme privé peut les rescinder, en se soustrayant à leur exécution ? »

Socrate répond ensuite à l'objection tirée de l'injustice particulière du jugement qui le condamne, qu'une injustice privée ne peut entrer en balance avec l'intérêt public et général ; et par respect pour les lois de son pays, pour obéir au jugement le plus inique, Socrate, qui pouvait fuir, but tranquillement la ciguë.

C'est aussi sur le respect pour la chose jugée que Cicéron fonde surtout la stabilité des États : *Status reipublicæ maxime judicatis rebus continetur* (2).

68. Cette doctrine est commune aux jurisconsultes romains, qui enseignent qu'on doit observer un jugement même injuste, rendu par erreur ou par abus de pouvoir, *per errorem aut ambitiose*. Pourquoi ? Parce que l'intérêt public l'exige (3). *Etiam publice interest restitui, propter*

(1) Il faut absolument lire le dialogue de Platon, intitulé *Crito*, ou *De eo quod agendum est*. On ne le lira point sans se sentir meilleur, et plus résigné à obéir aux lois de son pays.

(2) *Orat. pro Sylla*, cap. 22.

(3) Comment l'exige-t-il ? C'est ce qu'explique fort bien Paul, loi 6, ff. *de except. rei judicat.*, 44, 2. *Singulis controversiis, singulas actiones, unumque judicati finem sufficere, probabili ratione placuit : ne aliter modus litium multiplicatus summam atque inexplicabilem faciat difficultatem, maxime si diversa pronunciarentur. Parere ergo exceptionem rei judicatæ frequens est.*

L'utilité publique consiste en ce que, si l'on ne s'arrêtait pas irrévocablement à la chose jugée une première fois, les procès ne finiraient jamais. *Nullus futurus sit litium neque finis, neque modus.* Un premier procès en ferait naître un second, un troisième ; et ne pouvant ob-

rerum judicatarum auctoritatem (1). (L. 65, § 2, ff. *ad SC. Trebell.*, 36, 1.)

C'est donc sur le grand motif de l'intérêt public que repose cette présomption de vérité que la loi attache à la chose jugée, *pro veritate accipitur.* Tellement que si les juges déclarent faux un fait qui était vrai, il passera pour faux aux yeux de la loi (2). La force de la chose jugée est telle qu'elle peut faire violence à la vérité même, et la soumettre à son autorité. Le jugement, quoique contraire à la vérité et à la justice, n'en doit pas moins être exécuté. Ainsi l'exige l'intérêt public.

69. Mais cette présomption, quelque respectable que soit le fondement sur lequel elle est établie, ne peut changer la nature des choses. Ce qui est juste et vrai en soi-même demeure juste et vrai. L'innocent condamné injustement n'en reste pas moins innocent, nonobstant le jugement inique qui le déclare coupable. Le nom de ses juges, déféré à la censure impartiale de l'opinion publique, passe à la postérité avec une note d'infamie: *Qui illum damnarunt, causam dicent omnibus seculis*, dit Sénèque, *de Providentia*, cap. 3, en parlant de ce Rutilius que, malgré sa condamnation, Cicéron qualifiait hautement de l'un des meilleurs et des plus innocents citoyens de Rome, *pro Fonteio*, cap. 13, et dont il regardait la condamnation comme une peine, non contre le condamné, mais contre ses juges. (*Orat. in Pison.*, cap. 39.)

Car, s'il y eut dans tous les temps des juges vendus au pouvoir, à la faveur, à l'esprit de parti, emportés, tantôt par les fureurs anarchiques du parti populaire, tantôt rampants sous la verge de Séjan ou de Tibère, *non es amicus Cæsaris*, des Laubardemont, des Jefferies, etc., etc., dans tous les temps aussi l'opinion publique et l'histoire les ont voués à l'exécration des siècles.

70. Ce n'est donc qu'aux effets purement civils des jugements que s'applique la présomption de vérité que la loi attache à la chose jugée. Ainsi, la condamnation de payer une somme qu'il ne devait pas oblige le condamné à la payer. Il peut y être contraint par toutes les voies judiciaires, quoique, dans la vérité, il ne la doive pas. C'est une obligation purement civile, et c'est l'autorité de la chose jugée qui forme cette obligation, dit fort bien Pothier, n° 174 (3). Ce n'est donc que par inadvertance qu'il dit ailleurs (4) que l'autorité de la chose jugée fait présumer vrai et *équitable* tout ce qui est contenu dans le jugement.

71. Ce grand jurisconsulte, préoccupé de l'ancienne doctrine des présomptions *juris et de jure* qu'il avait embrassée, enseigne, dans l'endroit cité, n° 887, que la présomption fondée sur l'autorité de la chose jugée est une présomption *juris et de jure*, qui exclut *toute preuve du contraire.* Nous avons vu que l'obscure doctrine des présomptions *juris et de jure* était rejetée par le Code comme elle l'avait été par Domat et par d'Aguesseau, et que l'art. 1352 y a substitué une règle simple et claire pour connaître les présomptions contre lesquelles nulle preuve n'est admise. Il suffit d'appliquer cette règle à la présomption que les lois attachent à la chose jugée, pour se convaincre qu'elle n'est point de ce nombre, puisque, sur le fondement de cette présomption, la loi n'annule aucuns actes, ne dénie aucune action en justice. Aussi le conseil d'État a-t-il mis, sans balancer, la présomption de justice attachée à la chose jugée au nombre de celles qui cèdent à la vérité contraire. Voici comme il s'exprime dans un avis approuvé le 31 janvier 1806, et qu'on trouve imprimé à sa date dans le *Bulletin des lois:*

« La stabilité des jugements rendus par les » cours repose, il faut en convenir, non sur la » certitude acquise qu'un arrêt est juste, mais » sur la présomption de sa justice, quand il est » revêtu des formes qui lui donnent le caractère » d'un jugement. Or, *il est de la nature de toute* » *présomption de céder à la vérité contraire*, » quand elle est démontrée. Si donc un arrêt se » trouve en opposition formelle avec une dispo- » sition textuelle de la loi, la présomption de sa » justice disparaît; car la loi est et doit être la » justice des tribunaux. Aussi la cour de cassa- » tion a-t-elle le droit d'annuler, dans ce cas, » les actes des cours (5). »

72. Cessons donc d'appliquer à notre législation nouvelle, et aux présomptions légales qu'elle établit, la doctrine surannée des présomptions *juris et de jure*, qui n'est propre qu'à égarer les esprits. La vérité est que la preuve contraire peut être admise contre la présomption qui résulte de l'autorité de la chose jugée; mais cette preuve ne peut être admise que pendant un certain temps, après lequel elle ne saurait plus l'être, afin que les procès ne soient pas éternels.

73. Nous avons dit, et c'est une maxime de raison universellement reconnue, que la présomption de vérité que la loi civile attache à la chose jugée, ne peut changer la nature des choses; que ce qui est juste et vrai en soi-même demeure toujours juste et vrai. Ce n'est donc qu'aux effets purement civils des jugements que

---

tenir de justice stable en recourant aux tribunaux, les contendants en reviendraient à se rendre justice à eux-mêmes, et renverseraient ainsi la société, en violant la première loi de l'état civil.

(1) *Id est, ut res judicatæ suam teneant auctoritatem.*

(2) *Voy.* Didier Herault, *de Auctoritate rerum judicatarum*, lib. 1, cap. 1, n° 4, dans le second volume du *Trésor* d'Otton.

(3) OEuvres de Pothier (t. 1, p. 47, édit. Tarlier).

(4) Section *de l'Autorité de la chose jugée* t. 1, p. 263, n° 886, édit. Tarlier).

(5) *Voy. supra*, n° 49.

peut s'appliquer cette présomption : d'où il suit que l'obligation de celui qui a été libéré par un jugement inique n'est point réellement détruite, et que l'action du créancier subsiste toujours *ipso jure*. Suivant le droit immuable, antérieur à la loi civile (1), la force de celle-ci ne peut aller qu'à permettre de repousser, par une exception qu'elle accorde, une action qu'elle n'a pas le pouvoir de détruire, parce qu'aucune puissance ne peut détruire la vérité.

La chose jugée ne produit donc qu'une exception; c'est encore un principe reconnu par tous les jurisconsultes, et puisé dans le droit romain: *Item si in judicio tecum actum fuerit, sive in rem, sive in personam, nihilominus obligatio durat, et ideo ipso jure de eadem re postea adversus te agi potest ; sed debes per exceptionem rei judicatæ adjuvari* (2).

Ainsi voilà deux points bien constants en jurisprudence: l'autorité de la chose jugée ne produit qu'une exception; cette exception ne dérive point du droit naturel, c'est une création de la loi civile, qui l'a établie par le grand motif de l'intérêt public et du repos de la société (3): *Ne aliter modus litium multiplicatus summam atque inexplicabilem faciat difficultatem.* (L. 6, ff. *de except. rei judic.*, 44, 2.)

74. De là deux conséquences: la première que les juges, lorsqu'elle n'est pas opposée par celui qui avait intérêt de la proposer, ne peuvent pas plus suppléer d'office l'exception de la chose jugée qu'ils ne peuvent suppléer la prescription (4). (Art. 2223.)

Ce sont deux exceptions que le droit romain range sur la même ligne, et place à la suite l'une de l'autre dans les Pandectes, parce qu'elles ont le même fondement. Le silence de celui qui n'oppose pas l'exception de chose jugée, ne peut-il pas venir de ce qu'il n'est pas persuadé que le premier jugement qu'il a obtenu soit conforme à l'équité, comme le silence de celui qui n'oppose pas la prescription peut venir de ce qu'il sait que la dette n'est point éteinte?

75. Aussi la jurisprudence des arrêts paraît constante sur la nécessité d'opposer l'exception de la chose jugée, et sur le défaut de pouvoir, dans les juges, de la suppléer d'office. Merlin dit qu'en matière civile, on ne peut casser, comme violant la chose jugée, un jugement en dernier ressort, rendu contre une partie qui n'a pas opposé l'exception de la chose jugée par un précédent jugement qu'elle avait obtenu contre son adversaire, ou qui, en ayant excipé, n'a pas justifié son exception; parce que, dit-il, *la partie à laquelle est acquise l'exception de la chose jugée, peut renoncer à l'avantage qui en résulte* (5). D'ailleurs, ajoute-t-il, le juge devant lequel on plaide de nouveau ne peut deviner que l'affaire qu'on lui présente a déjà subi un jugement. Il rapporte à ce sujet un arrêt de la cour de cassation, du 15 pluviôse an XII.

Ces principes nous paraissent d'une exactitude incontestable, et conformes en tout point à la raison; car on peut toujours renoncer à un droit acquis en sa faveur; et c'est par ce motif qu'on peut renoncer même tacitement à la prescription acquise (art. 2220, 2221), quoiqu'on n'y puisse renoncer d'avance.

Denevers, greffier de la cour de cassation, dans son recueil des arrêts de cette cour, an IX, supplément, page 41, dit aussi que l'exception de la chose jugée ne doit pas être suppléée par les juges, et qu'elle ne peut être proposée pour la première fois devant la cour de cassation : « Ainsi décidé, dit-il, par la cour suprême, par » plusieurs arrêts, et notamment sur le pourvoi » rejeté du sieur Belz, du 26 décembre 1808, » section civile, M. Botton, rapporteur. »

Il faut donc désormais tenir pour maxime que l'exception de la chose jugée doit être proposée, et que le juge ne peut la suppléer d'office. C'est la conséquence du principe que la chose

---

(1) *Licet enim absolutus sit, natura tamen debitor permanet*, dit le jurisconsulte Paul, loi 60, ff. *de condict. indeb.*, 12, 6.

(2) § 5, Inst. *de exceptionibus*, 4, 13. *Voy.* aussi le titre du Digeste, *de exceptione rei judicatæ*, 44, 2.

(3) Brux., 17 mars 1847 (*Jur. de Belg.*, 1847, p. 308).

(4) *Contra*, la Haye, 16 juillet 1824, mais *voyez* Voet, liv. 42, tit. 1er, no 47.

(5) Ceci est tiré du *Répertoire*, 3e édit., imprimée en 1807, vo *Chose jugée*, § 20, et 4e édit., t. 2, p. 348 (5e édit., de Tarlier, t. 4, p. 325).

L'auteur avait professé une doctrine contraire dans des conclusions données le 21 thermidor an IX, et qu'on retrouve dans la 3e édit. des *Questions de droit*, imprimée en 1819, vo *Appel*, § 9, t. 1, p. 121 (*). L'auteur y soutient, avec beaucoup d'érudition, que la partie à laquelle est acquise l'exception de la chose jugée, par l'expiration du délai accordé pour l'appel, ne peut renoncer à cette exception; et que les juges doivent la suppléer, parce que c'est une exception de droit public.

Il avoue, à la vérité, que ses conclusions ne furent pas suivies ; mais il ajoute que sur dix-sept juges, huit les avaient adoptées. Il rapporte ensuite un arrêt du 5 brumaire an X, qui lui paraît avoir confirmé les principes établis dans ses conclusions de l'an IX, et auxquels il semble rester attaché. Et comme les *Questions de droit* sont le dernier ouvrage qu'il a fait imprimer, après l'avoir considérablement augmenté, on pourrait croire que l'opinion qu'il y soutient est définitivement celle qu'il embrasse, puisqu'il n'avertit point qu'il en ait changé.

On se tromperait. Celle qu'il a émise dans le *Répertoire* est postérieure. La date de l'arrêt du 15 pluviôse an XIII, qu'il y rapporte, le prouve suffisamment. Les réflexions que lui fit faire cet arrêt, qu'il cite au soutien de sa nouvelle opinion, lui avaient fait abandonner la première. S'il n'en a point averti dans ses *Questions de droit*, c'est un oubli facile à commettre dans la révision d'un ouvrage aussi étendu.

(*) Dans la 4e edition des ***Questions de droit***, imprimée chez Tarlier, Merlin a ajouté des notes critiques aux conclusions prises le 21 messidor an IX, et il adopte l'opinion que professe Toullier.

jugée n'éteint point l'action ni l'obligation de plein droit, mais seulement par voie d'exception.

76. Du principe que cette exception ne dérive point du droit des gens, mais de la loi civile, naît une autre conséquence importante : c'est que les jugements rendus, soit entre un Français et un étranger, soit entre deux Français, ou enfin entre deux étrangers, dans une souveraineté étrangère, ne peuvent jamais avoir en France l'autorité de la chose jugée, parce que la puissance publique dont chaque souverain est investi, ne s'étendant point au delà de son territoire, l'autorité des magistrats qu'il institue est nécessairement renfermée dans les mêmes limites; et, par conséquent, les actes émanés de ces officiers doivent perdre sur la frontière toute leur force civile, et ne peuvent être exécutés en France, parce que l'exécution ne peut y être faite qu'au nom du roi.

77. C'est une maxime de juste droit public, proclamée depuis près de trois siècles dans notre législation française. L'article 121 de l'ordonnance de 1629 (1) porte : « Les jugements rendus, » contrats ou obligations reçus ès royaumes et » souverainetés étrangères, *pour quelque cause* » *que ce soit, n'auront aucune hypothèque ni* » *exécution* en notre royaume; ainsi tiendront » les *contrats* lieu de *simples promesses*; et non- » obstant *les jugements*, nos sujets contre les- » quels ils ont été rendus *pourront de nouveau* » *débattre leurs droits comme entiers*, par-devant » nos officiers. »

Cet article, comme on le voit, fait marcher d'un pas égal, et range sur la même ligne l'hypothèque et la chose jugée, et cela avec beaucoup de raison; car ces deux dispositions sont fondées sur le même principe, celui de l'indépendance des États, qui ne permet pas que la puissance publique, dont le souverain d'un État est investi, puisse s'étendre au delà de son territoire, si ce n'est en vertu de traités respectivement convenus entre les souverains des deux États.

La chose jugée, comme nous l'avons vu, ne tire sa force que de l'autorité dont les juges sont investis par la loi ou par le souverain du pays où le jugement a été rendu.

Quant à l'hypothèque, c'est un droit réel qui consiste dans la faculté accordée au créancier, par la loi, de prendre l'immeuble hypothéqué en quelques mains qu'il ait passé, contre le possesseur quel qu'il soit, quoiqu'il ne soit pas personnellement obligé envers le créancier poursuivant. Il est bien évident qu'un pareil droit n'existait pas avant l'établissement des sociétés. La propriété même alors n'étant point séparée de la possession, ne pouvait être transférée que par la tradition réelle. Ce fut la loi civile qui, après avoir, par cette séparation, rendu la propriété permanente, créa ce droit incorporel qu'on appelle *hypothèque*. Les lois particulières de chaque peuple réglèrent la manière dont on peut l'acquérir; mais leurs dispositions ne pouvaient avoir aucune force au delà du territoire de la nation qu'elles régissent. En France, nos lois exigent, outre la volonté des parties, le concours de l'autorité publique, par le ministère des juges ou des notaires, pour conférer l'hypothèque. Quelle que soit, sur ce point, la législation des autres nations, elle ne peut pas plus avoir d'empire chez nous que la nôtre chez elles. Leurs juges et leurs notaires sont sans autorité chez nous, comme les nôtres chez elles.

C'est donc avec raison que l'ordonnance de 1629 statue que les contrats passés *ès royaumes et souverainetés étrangères* ne peuvent pas plus produire une hypothèque en France que les jugements de leurs tribunaux y recevoir d'exécution.

78. Il faut remarquer que cette ordonnance distingue soigneusement, dans les actes faits en pays étranger, ce qui appartient à la puissance publique, de ce qui ne dépend que de la volonté des parties; elle maintient ce qui ne dépend que de la volonté des parties; parce que cette volonté n'est circonscrite par aucunes bornes locales, elle est maîtresse partout; mais ce qui appartient à la puissance publique, l'ordonnance l'annule quant à la France, parce que toute puissance publique expire sur les limites de son territoire.

79. Dans les contrats passés devant notaires, en pays étranger, la volonté privée des parties concourt avec la puissance publique : l'une forme l'obligation, l'autre la rend exécutoire. Le législateur, dans notre ordonnance, sépare donc l'ouvrage de la puissance publique, de l'ouvrage de la volonté des parties; il détruit l'un, et conserve l'autre; il veut que l'obligation ne soit pas exécutoire en France; mais il veut en même temps qu'elle y tienne lieu de *simples promesses* (2).

---

(1) Cette ordonnance, tombée en défaveur à cause de la disgrâce du chancelier Marillac, qui en était l'auteur, n'en faisait pas moins loi dans toutes celles de ses dispositions auxquelles il n'a pas été dérogé, ni par une désuétude générale, ni par les lois contraires. *Voyez* les *Questions de droit* de Merlin, v° *Jugement*, § 14. Cette ordonnance fut enregistrée le 28 novembre 1629, au parlement de Bretagne, qui y fit plusieurs modifications. L'édit d'enregistrement se trouve à la fin des *Questions féodales* d'Hévin.

(2) *De simples promesses.* Quand même l'une des parties ne saurait pas signer, car la loi ne distingue point. Ainsi, l'acte authentique passé devant des notaires étrangers, entre deux parties qui ne sauraient pas signer, ou dont une seulement ne le sait pas faire, n'en vaudra pas moins en France comme simple promesse. C'est un principe qui tient au droit des gens, et qui s'est établi du consentement unanime de toutes les nations, quoique tacitement et sans traité exprès passé par écrit, pour l'utilité commune de tous les peuples : *usu exi-*

80. Dans les jugements, au contraire, la volonté privée des parties n'est comptée pour rien, la puissance publique agit seule. Or, cette puissance, comme les actes qui en émanent, n'a aucune force hors de son territoire. Voilà pourquoi les jugements rendus en pays étranger sont considérés en France comme non avenus.

81. Remarquez que le principe établi par l'ordonnance de 1629 est général : « Les jugements rendus... ès royaumes et souverainetés » *étrangères, pour quelque cause que ce soit,* » n'auront exécution en notre royaume. »

Le législateur ne distingue point en quelles matières le jugement étranger est rendu, soit en matière civile ordinaire, soit en matière commerciale, ou même en matière criminelle. Par exemple, un Français frappé, dans une souveraineté étrangère, d'une condamnation emportant chez nous la mort civile, ne serait point considéré en France comme mort civilement.

La loi ne distingue point également les personnes entre lesquelles les jugements sont rendus, soit entre Français, soit entre étrangers, soit entre étrangers et Français, en demandant ou en défendant, contradictoirement ou par défaut. Ce sont tous les jugements, sans exception, rendus ès souverainetés étrangères (1). La loi ne considère, s'il est permis de parler ainsi,

---

gente et humanis necessitatibus. (Inst., lib. 2, tit. 1, § 2.)

Ex hoc jure gentium, omnes pene contractus introducti sunt, ut emptio et venditio, locatio et conductio, societas, depositum mutuum et alii innumerabiles.

S'il en était autrement, les citoyens d'une nation ne pourraient contracter, ni par conséquent faire aucun commerce dans le territoire d'une autre nation. On est donc convenu, *tacito populorum consensu*, que « si les » contrats sont revêtus des conditions requises pour l'au- » thenticité, dans le lieu où ils ont été passés, ils » portent en tout pays du monde leur authenticité. » C'est un point de doctrine fort bien développé par Bayard, dans la nouvelle *Collection de jurisprudence* qu'il entreprit avec Camus, t. 9, p. 759, col. B, v° *Hypothèque*.

« Il est du droit des gens, ajoute-t-il, que ce qui est » authentique dans un pays le soit chez toutes les na- » tions. La nécessité du commerce, qui exige que les » personnes d'une nation contractent avec celles d'une » autre, exige aussi qu'il y ait, dans chaque royaume, » des moyens établis pour assurer la vérité des conven- » tions; car, comment un étranger s'exposerait-il à » contracter avec un Français, si jamais il ne pouvait » apporter de preuve capable de faire foi contre le Fran- » çais, ni le poursuivre avec un titre utile ?

» Obliger l'étranger à rapporter d'autres preuves que » celle qui est authentique au lieu du contrat, ce se- » rait lui interdire l'usage des conventions. N'admettre » d'autre preuve que celle qui se tire de l'écriture même » des parties, ce serait d'abord interdire le commerce à » tous ceux qui ne savent pas écrire, et ensuite mettre » l'étranger dans la nécessité d'avoir toujours son titre » dans la main, sans pouvoir le mettre en sûreté dans » aucun dépôt public.

» A la vérité, c'est au droit civil de chaque nation à » déterminer les conditions ou les formalités par les- » quelles l'authenticité peut être acquise aux actes qui » se passent dans son territoire; mais ces formalités » une fois déterminées, les actes qui en sont revêtus » doivent avoir, dans toutes les nations, la foi due à » leur authenticité, » sauf seulement la légalisation des consuls de la nation française, ou autres agents diplomatiques, qui attestent la vérité de la signature des officiers devant qui les actes ont été passés. *Voy.* l'art. 25, liv. 1, tit. 9, de l'ordonnance de la marine de 1681; et *ibi* Valin.

C'est de là qu'est venue la règle *locus regit actum*, suivant laquelle tous les actes qui seraient d'ailleurs valables suivant les formes usitées en France sont également valables, et doivent avoir leur exécution partout, en ce qui n'est point contraire à l'indépendance des Etats, en ce qui ne vient point de la puissance publique; par exemple l'hypothèque, l'exécution parée. La raison seule et les considérations les plus puissantes, tirées de l'utilité publique, ont jeté les fondements de cette règle, qui, se trouvant consacrée par le consentement unanime des nations et des peuples commerçants, forme l'une des maximes les plus importantes du droit des gens. *Voy.* la *Collection de Camus et Bayard*, t. 1, p. 151. Et quoiqu'elle ne soit consignée dans aucun de nos codes, on y trouve expressément consacrées plusieurs des conséquences qui en dérivent, telles que la validité des mariages, des testaments célébrés et faits en pays étranger, suivant les formes usitées dans le lieu (articles 170, 999, 1000 du Code civil), tous les actes si importants de l'état civil (Art. 47.)

Et si les mariages célébrés en pays étranger sont expressément déclarés valables par le Code, il s'ensuit, quoique les autres contrats ne puissent emporter d'hypothèque en France, que la femme mariée en pays étranger doit avoir, pour ses droits matrimoniaux, une hypothèque légale sur les biens de son mari situés en France, puisque le Code, pour la conférer, n'exige pas autre chose que la validité du mariage (art. 2121, 2135). Mais cette hypothèque est attachée à la célébration seule du mariage, et non pas au contrat qui l'a précédé.

Tous les autres contrats du droit des gens, *pene innumerabiles* (dit Justinien), passés en pays étranger, sont à plus forte raison valables en tout ce qui ne dépend que de la volonté des parties, indépendamment du concours de la puissance publique. Mais il y a des contrats assujettis par les lois françaises à certaines formalités, sous peine de nullité : par exemple, l'acceptation expresse et la conservation de la minute dans un dépôt public, à l'égard des actes de donation entre-vifs. Si un acte de donation passé en pays étranger manquait de ces conditions, la donation serait nulle, puisqu'elle le serait même si l'acte était passé en France. Au contraire, la donation passée en pays étranger serait valable, si elle était revêtue de ces formalités. *Voyez* la *Collection de Camus et Bayard*, t. 1, p. 57 et 58, v° *Donation entre-vifs*, § 11, n° 70.

Nous supposons que la donation contenue dans un acte passé en pays étranger soit au profit d'un Français. Si elle était au profit d'un étranger, elle ne pourrait être valable, suivant l'art. 912 du Code, que dans le cas où cet étranger pourrait lui-même disposer au profit d'un Français, en vertu d'un droit de réciprocité stipulé dans les traités de nation à nation; car la faculté de donner ou de recevoir, réciproque entre les citoyens de deux Etats différents, n'est point du droit des gens, parce qu'elle n'est point, comme les autres contrats, nécessaire au commerce et aux relations de peuple à peuple.

(1) *Sic* Brux., 17 mars 1847 (*Jur. de Belg.*, 1847, p. 308). Cet arrêt applique l'arrêté du 9 septembre 1814, spécial à la Belgique, mais qui est en quelque sorte calqué sur l'ordonnance de 1629; il est rapporté plus bas au n° 95.

que l'*extranéité* du pouvoir dont ils émanent, et nullement les qualités accidentelles des parties qui y ont figuré, ni les matières sur lesquelles ils sont rendus.

82. La disposition finale de l'art. 121 de l'ordonnance de 1629 n'est qu'une conséquence que le législateur tire lui-même du principe établi dans la première. Les jugements rendus en pays étranger n'ont point d'exécution en France, dit la première disposition : donc, ajoute la seconde, les Français contre lesquels ils sont rendus peuvent, nonobstant les jugements, débattre de nouveau leurs droits, comme entiers, devant les tribunaux français. L'étranger se trouve dans la même situation que s'il n'avait point obtenu de jugement dans son pays.

Mais on ne peut conclure de cette dernière disposition, que si le jugement est rendu en faveur d'un Français contre un étranger, ou d'un étranger contre un autre étranger, il peut être exécuté en France. Cette conséquence serait diamétralement contraire au principe que les actes émanés d'une puissance étrangère ne peuvent avoir aucune exécution en France.

Cependant, Boullenois, dans son *Traité des statuts réels et personnels*, tom. 1, pag. 646, n'admettait le principe que les jugements étrangers n'ont aucune force en France que pour le cas où le Français avait plaidé comme défendeur, et non pour le cas où il avait comparu comme demandeur devant un tribunal étranger.

On peut dire, en faveur de cette distinction, que le Français qui s'adresse volontairement à des juges étrangers reconnaît leur autorité; qu'il s'y soumet, et que sa volonté doit donner au jugement la force d'un contrat, *quasi contrahitur in judicio*.

Mais la volonté de celui qui, ne pouvant citer son adversaire en France, le trouve et lui forme sa demande en pays étranger, n'est point entièrement libre; il n'a, le plus souvent, que l'alternative d'y plaider ou de perdre sa créance. L'ancienne et la nouvelle jurisprudence des arrêts ont donc rejeté la distinction proposée par Boullenois, entre les cas où le Français a plaidé devant un tribunal étranger, comme défendeur ou comme demandeur. Le parlement de Paris, par un arrêt rendu en 1745 (1), jugea que, quoique les sieurs Archambault, Français, eussent traduit Cretet, Savoyard, devant les tribunaux de la Savoie, et perdu leur procès, tant au consulat de Chambéri que par arrêt du sénat de la même ville, ils avaient pu, pour le même fait, intenter contre lui une nouvelle action dans la conservation de Lyon, qui rendit en leur faveur, le 19 août 1740, une sentence confirmée par l'arrêt de 1745.

83. Depuis la révolution, mais avant la promulgation de nos nouveaux Codes, on voulut reproduire la distinction de Boullenois, ainsi qu'une autre relative aux jugements rendus en matière commerciale par les tribunaux étrangers. Le tribunal de commerce du Havre, dont le jugement fut confirmé le 26 ventôse an x par arrêt de la cour de Rouen, avait même accueilli ces deux distinctions, également contraires aux principes; mais l'arrêt fut annulé le 18 pluviôse an xii, par la considération que « les » expressions générales de l'article 121 de l'or» donnance de 1629 ne souffrent aucune excep» tion, soit relativement à la nature de l'affaire » qui a été portée devant un tribunal étranger, » soit relativement à la qualité en laquelle un » Français y a été partie; qu'ainsi on ne peut, » pour l'application de l'article, admettre de » distinction, soit entre le cas où l'affaire sur » laquelle est intervenu un jugement étranger, » est commerciale ou purement civile, soit que » le Français y ait été demandeur, défendeur ou » partie intervenante; mais que la loi refuse » indistinctement toute force exécutoire, en » France, aux jugements étrangers;

» Que ledit article ayant voulu de plus que, » nonobstant un jugement étranger, le Français » contre lequel il aurait été rendu, puisse de » nouveau débattre ses droits *comme entiers*, il » s'ensuit qu'un jugement étranger ne peut pas » même opérer contre le Français l'effet de la » chose jugée, puisque cette expression le pri» verait nécessairement de la faculté, qui lui est » formellement réservée par la loi, de débattre » de nouveau ses droits *comme entiers.* »

L'arrêt, avec les savantes conclusions de Merlin, sur lesquelles il est rendu, est rapporté dans les *Questions de droit* de cet auteur, vº *Jugement*, § 14, nº 1.

84. Nos nouveaux Codes ont consacré et expliqué le principe établi par l'ordonnance de 1629. L'art. 546 du Code de procédure porte : « Les jugements rendus par les tribunaux étran» gers, et les actes reçus par les officiers étran» gers, ne seront susceptibles d'exécution en » France que de la manière et dans les cas » prévus par les art. 2123 et 2128 du Code » civil. »

L'article 2123 de ce dernier Code porte que « l'hypothèque ne peut résulter des jugements » rendus en pays étranger qu'autant qu'ils ont » été *déclarés exécutoires* par un tribunal fran» çais, sans préjudice des dispositions contraires » qui peuvent être dans les lois politiques ou » dans les traités. »

L'art. 2128 répète cette disposition, de manière à faire sentir plus fortement le défaut de pouvoir des officiers d'une puissance étrangère sur le territoire français : « Les contrats passés

---

(1) Rapporté dans la nouvelle *Collection de jurisprudence*, connue sous le nom de *Nouveau Denisart*, vº *Exécution des jugements en matière civile*, § 1, nº 4, t. 8, p. 186.

» en pays étranger ne peuvent donner d'hypo- » thèque *sur les biens de France*, s'il n'y a des » dispositions contraires *à ce principe dans les* » *lois politiques ou dans les traités.* »

Il est facile de voir que ces dispositions nouvelles sont, comme l'ancienne loi, fondées sur le grand principe de l'indépendance des États, sur le défaut de pouvoir en France des officiers ou préposés d'une puissance étrangère.

85. L'art. 549 du Code de procédure ne fait, pas plus que l'ordonnance de 1629, de distinction ou d'exception, soit relativement à la nature des affaires portées devant un tribunal étranger, soit relativement à la qualité en laquelle un Français a été partie. Que change-t-il donc à cette ordonnance?

L'ordonnance dit que les jugements étrangers n'ont pas d'exécution en France, et que, nonobstant ces jugements, les Français contre qui l'on voudrait les faire exécuter peuvent, devant les tribunaux français, débattre de nouveau leurs droits *comme entiers*.

L'art. 546 du Code de procédure, joint aux dispositions du Code civil, dit que les jugements étrangers ne seront *susceptibles d'exécution* en France que lorsqu'ils ont été *déclarés exécutoires* par un tribunal français.

Cette différence dans la manière de s'exprimer, de l'ancienne loi et des nouvelles, pourrait induire à penser que, suivant celles-ci, il ne s'agit plus de débattre de nouveau les droits des contendants *comme entiers*, mais seulement d'une ordonnance d'*exequatur*, ou, comme l'on disait autrefois, d'un simple *pareatis*, délivré sans examen du fond; mais on se tromperait. C'est cependant ce que soutenait, en 1816, Holker, négociant français, qui avait obtenu à Boston un jugement par lequel Parker, citoyen des États-Unis, était condamné à lui payer 539,949 dollars. Holker voulait faire exécuter le jugement en France, où Parker avait des biens, et il obtint du président du tribunal de la Seine, sur une simple requête à laquelle était jointe une expédition du jugement de Boston, un jugement qui le déclara exécutoire.

Mais ce jugement fut réformé par la cour royale de Paris, le 27 août 1816, « attendu » que les jugements rendus par les tribunaux » étrangers n'ont point d'effet ni d'autorité en » France...; que ce principe est absolu et peut » être invoqué par toutes personnes sans dis- » tinction, étant fondé sur l'indépendance des » États...; que le Code civil, art. 2123, donne » à ce principe la même latitude que lui don- » nait l'ordonnance de 1629, lorsqu'il déclare » que l'hypothèque ne peut résulter des juge- » ments rendus en pays étranger qu'autant » qu'ils ont été déclarés exécutoires par un tri- » bunal français; ce qui n'est pas une affaire » de pure forme, comme autrefois les conces- » sions de *pareatis* d'un ressort à l'autre, pour » les jugements rendus dans l'intérieur du » royaume; mais ce qui suppose, de la part » des tribunaux français, une connaissance de » cause et un examen sérieux de la justice du » jugement représenté, comme la raison le de- » mande, et qu'il s'est toujours pratiqué en » France, etc. »

Cet arrêt fut confirmé par la cour de cassation, le 19 avril 1819, après un long délibéré : « Attendu que l'art. 121 de l'ordonnance de » 1629 disposait, en termes absolus et sans » exception, que les jugements étrangers n'au- » raient pas d'exécution en France...; que les » art. 2123 et 2128 du Code civil, et l'art. 546 » du Code de procédure, n'autorisent pas les » tribunaux à déclarer les jugements rendus » en pays étranger exécutoires en France sans » examen; qu'une semblable autorisation serait » aussi contraire à l'institution des tribunaux, » que l'aurait été celle d'en accorder, ou d'en » refuser l'exécution arbitrairement et à vo- » lonté; que cette autorisation qui, d'ailleurs, » porterait atteinte au droit de souveraineté du » gouvernement français, a été si peu dans l'in- » tention du législateur que, lorsqu'il a dû per- » mettre l'exécution, sur simple *pareatis*, des » jugements rendus par des arbitres..., il a eu » le soin de ne conférer la faculté de délivrer » l'ordonnance d'*exequatur* qu'au président, et » non pas au tribunal, parce qu'un tribunal ne » peut prononcer qu'après délibération, et ne » doit accorder, même par défaut, les demandes » fournies devant lui, que si elles se trouvent » justes et bien vérifiées; attendu, enfin, que le » Code civil et le Code de procédure ne font » aucune distinction entre les divers jugements » rendus en pays étranger, et permettent aux » juges de les déclarer tous exécutoires; qu'ainsi » les jugements, lorsqu'ils sont rendus contre » des Français, étant incontestablement sujets » à examen sous l'empire du Code civil, comme » ils l'ont toujours été, on ne pourrait pas dé- » cider que tous les autres doivent être rendus » exécutoires autrement qu'en connaissance de » cause, sans ajouter à la loi, et sans y intro- » duire une distinction arbitraire, aussi peu » fondée en raison qu'en principe;

» Qu'il suit de là qu'en rejetant l'exception » de chose jugée qu'on prétendrait faire résul- » ter d'un jugement rendu en pays étranger, » et en ordonnant que le demandeur déduise » les raisons sur lesquelles son action est fon- » dée, pour être débattues par Parker, et être » statué sur le tout en connaissance de cause, » la cour royale a fait une juste application des » art. 2123 et 2128 du Code civil, et 546 du » Code de procédure (1). »

(1) Cet arrêt, rendu le 19 avril 1819, est rapporté dans les *Questions de droit de Merlin*, v° *Jugement*,

Il nous semble qu'après les arrêts que nous venons de rapporter, et qui tous sont fondés sur le grand principe de l'indépendance des États, du défaut absolu de pouvoir des officiers d'une souveraineté étrangère dans le territoire d'une autre souveraineté, on doit regarder la jurisprudence comme irrévocablement fixée sur les conséquences de ce principe, et que tous les jugements rendus en pays étranger, sans exception, ne peuvent avoir d'exécution en France qu'après avoir été rendus exécutoires en connaissance de cause par un tribunal français, devant lequel il faut de nouveau déduire et débattre les raisons sur lesquelles l'action est fondée.

86. De ce que nous venons de dire, il nous paraît résulter que les jugements rendus en pays étrangers, ou au moins la procédure, les actes d'instruction et les preuves acquises sur lesquels ces jugements ont été rendus, ne sont point entièrement nuls, puisqu'ils peuvent être déclarés exécutoires en connaissance de cause, après que les motifs ou les moyens sur lesquels il sont fondés ont été de nouveau débattus et jugés par un tribunal français. S'il trouve solides et bien fondés les motifs du jugement étranger, il le déclare exécutoire; dans le cas contraire, il en refuse l'exécution, et par cela même il le réforme. Ainsi, dans la vérité, il remplit la fonction d'un tribunal d'appel. Les actes d'instruction faits devant un tribunal étranger ne sont point anéantis : le Code suppose même qu'ils peuvent être valables, sans quoi le tribunal français ne pourrait pas déclarer le jugement exécutoire. Si, par exemple, il a été fait une enquête en pays étranger, pour parvenir à la preuve des faits sur lesquels la demande ou l'exception était fondée, le tribunal français peut admettre cette enquête comme pièce probante et y avoir égard, pourvu qu'elle n'ait pas été ordonnée dans un cas où le Code défend d'admettre la preuve testimoniale ; pourvu encore que les témoins entendus ne soient pas des personnes dont nos lois défendent de recevoir le témoignage, pourvu que l'enquête soit d'ailleurs régulière, suivant les lois du pays où elle a été faite. *Locus regit actum.*

L'admission d'une pareille enquête en France n'a rien de contraire au principe de l'indépendance des souverainetés, rien même qui ne s'accorde avec le texte de l'ordonnance de 1629. Il ne s'agit point d'admettre comme un titre exécutoire, ou comme ayant l'autorité de la chose jugée, un jugement rendu en pays étranger, mais uniquement de savoir si le tribunal français où l'affaire est portée peut avoir égard à des actes qui n'émanent point d'un juge étranger, mais qui ont seulement été faits en sa présence. Pourquoi donc serait-il défendu aux tribunaux français d'y avoir égard ?

Ils sont obligés d'admettre comme pièces probantes les contrats reçus par des notaires étrangers, revêtus des formes prescrites dans les lieux où les actes sont passés. Par quelle bizarrerie leur serait-il défendu d'avoir égard aux enquêtes faites par-devant un juge étranger? Ces enquêtes ne sont point son ouvrage ; ses fonctions se bornent à recevoir les dépositions des témoins, comme les notaires reçoivent les conventions faites en leur présence par les parties. Le caractère public du juge donne la même authenticité aux dépositions qu'il reçoit.

Or, si les tribunaux français peuvent et doivent même prendre pour constante la réalité des promesses et conventions reçues par un notaire étranger, parce que son caractère public leur imprime le sceau de l'authenticité, pourquoi ne pourraient-ils pas avoir égard à une enquête régulièrement faite devant un juge étranger, dont l'autorité n'intervient que pour authentiquer les dépositions qu'il reçoit ?

Il y a analogie parfaite ou parité entre l'un et l'autre cas; il y a même motif de décider. Si la maxime que les actes reçus par un notaire étranger sont authentiques dans un autre Etat, et peuvent y faire foi quoiqu'ils n'y soient pas exécutoires, est du droit des gens, la maxime que les enquêtes faites devant un juge étranger peuvent faire foi dans un autre État vient également du droit des gens : *usu exigente et humanis necessitatibus.* Sans cela, il deviendrait impossible de prouver les faits qui fondent les obligations contractées en pays étranger, lorsqu'ils n'ont pu être consignés par écrit. Aussi l'ancienne jurisprudence française admettait comme pièces probantes les enquêtes faites en pays étranger, ainsi que l'atteste Émérigon dans son *Traité des assurances*, chapitre 4, section 8 : « Quoique les jugements rendus par les tribunaux étrangers n'aient aucune autorité contre » des Français, cependant les enquêtes prises » et d'autres preuves dûment authentiquées par » le juge étranger sont admises parmi nous, » dans les affaires civiles concernant le commerce. Ainsi jugé par arrêt du parlement » d'Aix, du 16 décembre 1745... Il s'agissait » d'une enquête prise par le juge de Nice, au » sujet de certaines balles de laine mouillées. » Il a été rendu plusieurs autres jugements » semblables. »

Ces arrêts sont rendus dans les affaires de commerce ; mais il n'y a pas de raison pour dé-

---

§ 14, n° 2. On y trouve l'extrait d'une consultation fort bien raisonnée de Grappe, Darrieux, Tripier et Billecoq, dans laquelle les principes sont parfaitement développés. Elle prépara la décision de l'arrêt rendu par la cour de cassation. *Voyez*, dans le même sens, Douai, 3 janvier 1845 (Sirey, 45, p. 313); Boncenne, t. 1, p. 212, édit. Wahlen, et t. 2, p. 68, édit. Meline; Demolombe, t. 1er, n° 263.

cider autrement dans les affaires civiles ordinaires.

Au reste, la doctrine des auteurs est conforme aux principes que nous venons d'exposer. Raviot, auteur très-estimé, dans ses *Observations sur Périer*, tome 2, question 256, après avoir, n° 16, énoncé le principe que la sentence d'un juge étranger n'a aucune exécution dans le royaume, ajoute, n° 17 : « Mais lorsqu'il s'agit » d'une procédure qui se fait pour parvenir à » l'éclaircissement de la vérité, le Français » peut être assigné pour comparaître hors du » royaume, et pour y prendre et compulser les » extraits de pièces qui ne sont pas ailleurs. » C'est ce qui fut jugé au parlement de Dijon, » à l'audience publique, le 2 décembre 1698, » entre le sieur Simon, bourgeois, à Dijon, qui » auparavant avait fait le négoce, et un mar- » chand étranger. Ils étaient en procès intenté » dans cette province pour un compte. Le mar- » chand fit assigner le sieur Simon à Amster- » dam, pour être tiré des extraits d'un livre » de raison qui ne pouvait être déplacé. Le » sieur Simon appela comme de distraction de » ressort.

» Par la même raison, je croirais que, pour » la preuve d'une enquête, un témoin étranger » pourrait être ouï hors du royaume, si on ne » pouvait l'y faire venir. Un juge de France » pourrait donner à un juge ou personne pu- » blique une commission rogatoire pour en- » tendre le témoin. Il n'y a rien en cela qui soit » contraire à nos libertés et à nos mœurs. L'é- » claircissement de la vérité est une des pre- » mières règles ; elle est du droit des gens ; elle » est préférable à toute autre considération : » c'est toujours de l'autorité du juge qui est en » France que se fait l'instruction. »

Jousse, dans son *Traité de l'administration de la justice civile*, tome I, page 43, n° 83, dit aussi « qu'on peut déléguer hors du royaume, » pour entendre des témoins. »

On peut consulter aussi les *Questions de droit* de Merlin, v° *Suppléant (juge)*, § 2.

87. Il existe une différence essentielle entre les jugements rendus dans les tribunaux étrangers, par des magistrats qui ont reçu leur caractère public et leur autorité du souverain qui les a nommés, et les sentences arbitrales données en pays étranger par des arbitres, soit français, soit étrangers, nommés par les parties.

Cette différence résulte du texte même et de l'esprit de l'ordonnance de 1629. Nous avons vu qu'elle distingue avec soin, dans les actes faits en pays étranger, ce qui est de la volonté privée des parties, de ce qui appartient à la puissance publique. Elle maintient ce qui n'appartient qu'à la volonté des parties, laquelle n'est circonscrite par aucun territoire, et elle n'annule que ce qui appartient à la puissance publique, ce qui est son ouvrage, parce que cette puissance expire sur les limites de son territoire. En privant de toute exécution en France *les jugements rendus ès souverainetés étrangères*, l'ordonnance n'a donc entendu que les jugements proprement dits, c'est-à-dire rendus par des tribunaux ou des juges, qui tiennent leur mission et leur autorité du souverain du lieu où ils l'exercent.

Or, les arbitres nommés par les parties ne sont pas de véritables juges ; ils ne tiennent point leur mission du souverain du lieu où ils la remplissent ; ils ne la doivent qu'à la volonté des parties. Ils ne sont que des hommes privés. « Les arbitres, en la fonction et l'expédition de » l'arbitrage, sont considérés comme personnes » particulières et privées, » dit fort bien Brodeau sur Louet (1).

Les arbitres n'étant que des personnes privées, les décisions arbitrales ne sont pas de véritables jugements. La loi 13, § 5, ff. *de his qui notantur infamia*, 3, 2, le dit expressément. Les jugements, en certaines matières, imprimaient, à Rome, la note d'infamie à ceux contre lesquels ils étaient rendus. Il en était autrement de la sentence des arbitres : *Ex compromisso arbiter infamiam non facit, quia non per omnia sententia est.* Pourquoi cela, *cur?* se demande Godefroy, sur le texte : parce que la fonction des arbitres n'est pas, comme celle des juges, une fonction publique : *Arbitri munus non est publicum, ut judicis.*

Cette doctrine a passé dans notre nouvelle législation. L'article 3 de la loi du 11 brumaire an VII permettait de prendre une inscription hypothécaire, en vertu de *toute condamnation judiciaire.* Cependant, sous son empire, on jugeait nulles les inscriptions prises en vertu de décisions arbitrales non encore homologuées. Cette jurisprudence est formellement consacrée par l'article 2123 du Code civil, qui, après avoir dit que l'hypothèque judiciaire résulte *des jugements,* ajoute : « *Les décisions arbitrales* n'em- » portent hypothèque qu'autant qu'elles sont » revêtues de *l'ordonnance judiciaire* d'exécu- » tion. »

Cet article établit donc clairement la différence essentielle que nous avons déjà remarquée entre *les jugements* et *les décisions arbitrales :* ceux-là émanent des officiers de la puissance publique ; celles-ci sont l'ouvrage de personnes privées, mandataires des parties. Ce n'est que par un abus de mots qu'on donne à ces décisions la dénomination de jugements (2).

(1) Lettre K, n° 23. *Arbitrii compromissarii, nec notionem, nec jurisdictionem habent ; privati sunt.* Cujas, sur la loi 2, ff. *de judiciis.*

(2) *Horum proprie judicium non est,* dit en toutes lettres Cujas sur la loi 1, ff. *de recept. qui arbitrium,* 4, 8.

On ne peut donc appliquer aux décisions arbitrales l'ordonnance de 1629, laquelle n'annule, dans les actes passés chez l'étranger, que ce qui appartient à la puissance publique, et qui respecte, dans les contrats rapportés par des notaires étrangers, les promesses qui émanent de la volonté des parties.

Une décision arbitrale n'est, en effet, autre chose que l'exécution d'un mandat qu'elles ont donné aux arbitres de leur choix, par le compromis qui les charge de décider leur contestation. La décision arbitrale ne tire sa force que de ce compromis, sans lequel elle ne serait rien.

Elle a donc le véritable caractère d'un contrat souscrit par les mains des arbitres, en vertu du compromis; et ce contrat doit avoir la même validité que tout autre contrat signé par un mandataire, pour tout autre objet, en vertu d'une procuration.

Que les arbitres soient Français ou étrangers, il n'importe : ils sont choisis par les parties; elles connaissent leurs principes, leurs lumières, leur intégrité; elles les ont nommés et agréés, non parce qu'ils étaient de telle nation ou de telle autre, mais parce qu'elles les croyaient justes et éclairés. Elles ont eu recours, non pas à leur autorité, ils n'en avaient aucune, mais à leur sagesse.

De quoi donc pourrait raisonnablement se plaindre la partie condamnée, quand même ce serait un Français? A quel titre pourrait-il demander qu'il lui fût permis de débattre ses droits de nouveau, et de les remettre en jugement? Les hommes qui l'ont jugé n'exerçaient pas une juridiction territoriale. Ils pouvaient rendre leur sentence ou leur décision dans un lieu comme dans un autre. L'autorité ou le pouvoir, qu'ils ne tenaient que des parties, n'avait rien de civil, rien de politique; il n'appartient qu'au droit des gens, et dès lors cette décision doit être reçue chez tous les peuples; les juges doivent en ordonner l'exécution.

Ces raisons décisives, développées avec beaucoup de force par Mourre, aujourd'hui procureur général du roi près la cour de cassation, déterminèrent un arrêt rendu par la cour d'appel de Paris, le 16 décembre 1809, lequel, « considérant sur le fond, en ce qui touche la décision » arbitrale du 31 août 1801, qu'une pareille » décision rendue en pays étranger, mais appartenant au droit des gens, comme n'étant » que la conséquence et le résultat d'une convention primitive et libre des parties, peut, » sans contredit, être exécutée en France, » pourvu qu'elle soit déclarée exécutoire, etc., » réforma un jugement de première instance rendu dans des principes différents (1).

Ces mêmes principes furent reproduits, avec de nouveaux développements, le 15 juillet 1812, par Merlin, dans des conclusions qui déterminèrent un arrêt d'admission ; mais l'arrêt définitif, rendu par la cour de cassation le 31 juillet 1815, sur les conclusions de Mourre, ne prononça point sur la question de savoir si l'art. 121 de l'ordonnance de 1629 est applicable aux décisions arbitrales, parce que, dans le jugement déféré à la censure, les parties avaient été sur ce point renvoyées à se pourvoir, et qu'ainsi leurs droits respectifs à cet égard étaient entiers (2).

88. On a voulu prétendre que si les arbitres, en matière ordinaire, n'ont pas le véritable caractère de juges, ils l'ont du moins dans les décisions rendues en matière de commerce fait en société, parce que la loi force de les nommer, et qu'ils ne sont pas, comme dans les matières ordinaires, sujets à révocation; qu'ainsi leurs décisions sont des jugements proprement dits, auxquels il faut appliquer la disposition de l'ordonnance de 1629, relative aux jugements rendus en pays étranger.

Cette prétention n'est pas fondée. Les arbitres, en matière de société, ne sont forcés que dans le sens que la loi exige qu'on en nomme ; du reste, ce sont les parties qui les choisissent comme il leur plaît. S'ils ne sont pas révocables, cette non-révocabilité tient à d'autres principes; elle n'a été introduite que dans l'intérêt du commerce, et pour la plus prompte expédition des affaires. Mais la décision des arbitres ne change pas pour cela de nature; elle n'est rien par elle-même; elle ne tire sa force que de l'ordonnance rendue par le président du tribunal, qui la rend exécutoire. Un arrêt de la cour de cassation, du 25 prairial an XI, a décidé que, faute de cette ordonnance, la décision des arbitres n'emporte point hypothèque : elle n'est donc point un jugement proprement dit.

Aussi Mourre, dans les conclusions qu'il donna sur l'affaire décidée par l'arrêt du 31 juillet 1815, dont nous avons parlé ci-dessus, en reproduisant les principes qu'il avait fait valoir en 1809, devant la cour d'appel de Paris, dans une cause du même genre, établit que l'art. 121 de l'ordonnance de 1629 ne pouvait s'appliquer ni aux décisions arbitrales rendues en matière ordinaire, ni aux décisions arbitrales rendues en matière de société. Voyez *Questions de droit, ubi supra.*

89. La règle que les jugements rendus en pays étranger n'ont point d'exécution, et n'emportent point hypothèque en France, cesse par *les dispositions contraires qui peuvent être dans les lois politiques, ou dans les traités.* (Art. 2123, 2128.)

On en trouve un exemple dans le traité d'alliance conclu à Soleure, le 28 mai 1777, entre

(1) *Voy.* les *Questions de droit* de Merlin, 3e édition, vo *Jugement*, § 14, no 3, *in fine.*

(2) *Voy.* les *Questions de droit, ubi supra*, où l'arrêt est rapporté.

le gouvernement français et les cantons helvétiques. Il porte :

« Comme il peut arriver fréquemment que » les sujets de Sa Majesté et ceux du corps » helvétique contractent des mariages, fassent » des acquisitions, ou se lient, par des sociétés, » obligations ou contrats quelconques, dont » il peut résulter des contestations ou procès. » il est convenu que, toutes les fois que des » particuliers des deux nations auront entre eux » quelque affaire litigieuse, le demandeur sera » obligé de poursuivre son action par-devant » les juges naturels du défendeur.... et que les » jugements définitifs en matière civile, rendus » par des tribunaux souverains, seront exécutés » réciproquement, selon leur forme et teneur, » dans les États de Sa Majesté et ceux du corps » helvétique, *comme s'ils avaient été rendus dans » le pays où se trouvera, après ledit jugement, la » partie condamnée.* »

Cette stipulation n'est qu'une répétition de ce qui se trouvait stipulé dans le traité passé à Arau entre les mêmes parties, le 1er juin 1658, vingt-neuf ans après l'ordonnance de 1629.

Enfin, ces mêmes stipulations furent répétées, avec des développements et des additions, dans le traité d'alliance défensive conclu entre la république française et la confédération suisse, le 4 vendémiaire an XII (27 septembre 1803), dont les extraits qu'il plut au gouvernement de rendre publics sont imprimés dans le *Bulletin des lois*, 4me série, tome 2, bulletin 19, n° 324, page 41.

L'art. 13 porte : « Dans les affaires litigieuses, » personnelles ou de commerce, qui ne pourront » se terminer à l'amiable, ou sans la voie des » tribunaux, le demandeur sera obligé de poursuivre son action directement devant les juges » naturels du défendeur, à moins que les parties ne soient présentes dans le lieu même » où *le contrat a été stipulé*, ou qu'elles ne fussent convenues des juges par-devant lesquels » elles se seraient engagées à discuter leurs difficultés.

» Dans les affaires litigieuses ayant pour objet » des propriétés foncières, l'action sera suivie » par-devant le tribunal ou magistrat du lieu où » ladite propriété est située.

» Les contestations qui pourraient s'élever » entre les héritiers d'un Français, mort en » Suisse, à raison de sa succession, seront portées devant le juge du domicile que le Français avait en France. Il en sera usé de même » à l'égard des contestations qui pourraient » s'élever entre les héritiers d'un Suisse mort » en France.

» Art. 14. Il ne sera exigé des Français qui » auraient à poursuivre une action en Suisse, » et des Suisses qui auraient une action à poursuivre en France, aucun droit, caution ou » dépôt auquel ne seraient pas soumis les nationaux eux-mêmes conformément aux lois de » chaque endroit.

» Art. 15. Les jugements définitifs, en matière civile, ayant force de chose jugée, rendus » par les tribunaux français, seront exécutoires » en Suisse, et réciproquement, après qu'ils » auront été légalisés par les envoyés respectifs, » ou, à leur défaut, par les autorités compétentes » de chaque pays.

» Art. 16. En cas de faillite ou de banqueroute de la part des Français possédant des » biens en France, s'il y a des créanciers suisses » et des créanciers français, les créanciers suisses qui se seraient conformés aux lois françaises, pour la sûreté de leur hypothèque, » seront payés sur lesdits biens, comme les » créanciers hypothécaires français, suivant » l'ordre de leur hypothèque; et réciproquement, si des Suisses, possédant des biens » dans la république helvétique, se trouvaient » avoir des créanciers français et des créanciers » suisses, les créanciers français qui se seraient » conformés aux lois suisses, pour la sûreté de » leur hypothèque en Suisse, seront colloqués » sans distinction avec les créanciers suisses, » suivant l'ordre de leur hypothèque.

» Quant aux simples créanciers, ils seront » aussi traités également, sans considérer à laquelle des deux républiques ils appartiennent, mais toujours conformément aux lois » de chaque pays. »

La Suisse, dit-on (1), a déclaré qu'elle cesse de reconnaître le traité de 1803; mais il est à croire, il est même certain que cette déclaration ne concerne que l'objet principal du traité, qui n'est point imprimé dans le *Bulletin des lois*, c'est-à-dire l'alliance défensive entre les deux États; alliance qui peut ne plus convenir au corps helvétique, dont la constitution a changé depuis 1803, époque d'un traité qui pourrait peut-être l'entraîner dans les guerres et nuire à son indépendance.

Quant aux articles ci-dessus copiés et autres imprimés dans le *Bulletin des lois*, on ne peut douter qu'ils demeurent en pleine vigueur. Ils sont indépendants de l'alliance défensive que la Suisse ne veut plus reconnaître; ils sont, comme nous l'avons dit, des développements des traités d'Arau et de Soleure. Leurs dispositions continuent donc d'être la règle des tribunaux français, jusqu'à ce que le gouvernement leur ait fait connaître qu'elles ne doivent plus être suivies. Aussi le sont-elles toujours par les juges

---

(1) C'est ce que nous apprend Rossi, savant genevois, auteur de plusieurs articles très-intéressants, imprimés dans les *Annales de législation et de jurisprudence*. *Voyez* dans le volume de 1821, le t. 2, l'article *sur l'exécution des jugements prononcés par les tribunaux étrangers*, p. 59.

des deux nations, dans les pays frontières des deux empires, comme nous l'assure Rossi (1).

Ajoutons que les deux gouvernements continuent d'exécuter les articles imprimés dans le *Bulletin des lois*, relativement à l'extradition (2) des individus prévenus de crimes d'État, assassinats, etc.

90. Mais si des jugements rendus dans des pays avec lesquels il existait des traités pareils à ceux passés avec la Suisse, avaient force de chose jugée, ils n'avaient pas la force exécutoire; ce qui n'est pas étonnant, puisque les arrêts et jugements rendus en France n'étaient pas exécutoires hors du ressort des juges qui les avaient rendus. Il fallait prendre, soit à la grande chancellerie, soit à la petite chancellerie du parlement, dans le ressort duquel ils devaient être exécutés, des lettres de *pareatis*, ainsi nommées parce qu'elles portaient l'ordre d'obéir. Elles se délivraient au nom du roi, sans entrer en connaissance de cause, mais non pas sans frais. On pouvait aussi se contenter de prendre la permission du juge des lieux, au bas d'une requête, sans être, en ce cas, tenu de prendre un *pareatis*. *Voy.* l'ordonnance de 1667, tit. 27, art. 6.

A plus forte raison, les jugements rendus chez les nations avec lesquelles il existait des traités ne pouvaient être mis à exécution sans *pareatis*, ou sans l'ordonnance d'*exequatur* du juge des lieux où ils devaient être exécutés.

Aujourd'hui, l'art. 547 du Code de procédure porte : « Les jugements rendus et les actes pas» sés en France seront exécutoires dans tout le » royaume, sans *visa* ni *pareatis*, encore que » l'exécution ait lieu hors du ressort du tribu» nal par lequel les jugements ont été rendus, » ou dans le territoire duquel les actes ont été » passés. »

Mais tous les jugements, mais toutes les expéditions des actes, sont revêtus de la formule exécutoire qui ordonne, au nom du roi, tant à la force publique qu'à tous huissiers et officiers civils, de les faire exécuter, et d'en protéger l'exécution.

Les jugements rendus et les actes passés en Suisse, ou autres pays avec lesquels il existe des traités pareils, doivent donc aussi être revêtus de la forme exécutoire; et c'est ce qui se fait par l'ordonnance d'*exequatur* que rend, sans entrer dans la connaissance du fond, le président du tribunal du lieu où doit se faire l'exécution, comme délégué du roi, en commandant de faire exécuter ces actes ou ces jugements.

S'il n'existait point de traités passés avec la nation où le jugement a été rendu, il faudrait alors que ce jugement fût déclaré exécutoire, non par le président seul, mais par le tribunal devant lequel les parties viendraient déduire leurs moyens, et qui rendrait un jugement en forme, en connaissance de cause.

91. Observons, en finissant, que pour faire cesser la règle de notre droit public qui veut que les jugements rendus dans une souveraineté étrangère n'aient aucune exécution en France, il faut, suivant les art. 2123, 2128 du Code civil, et suivant l'art. 546 du Code de procédure, des lois politiques ou des traités de souverain à souverain. Il ne suffirait pas que, soit par les dispositions d'une loi locale, soit par un usage particulier, mais sans convention de souverain à souverain, on attribuât, dans une souveraineté étrangère, l'autorité de la chose jugée aux jugements émanés des tribunaux français. Sans cela, un petit État serait le maître de se procurer tels avantages qu'il lui plairait dans un grand État : il n'aurait qu'à accorder aux sujets de ce grand État les droits et les priviléges qu'il voudrait procurer aux siens dans ce même État.

92. Vainement opposerait-on le droit de réciprocité qui doit avoir lieu entre les États voisins. La règle de la réciprocité prend sa source dans la convention des souverains; cette convention en fait la base, elle doit en déterminer l'étendue. Mais on n'en peut tirer des consé-

(1) *Ubi supra.*

(2) Après avoir réglé ce qui concerne les jugements rendus en matières civiles, le traité s'occupe des matières criminelles. L'art. 17 porte :

« Dans toutes les procédures criminelles pour délits » graves, dont l'instruction se fera, soit devant les tri» bunaux français, soit devant ceux de Suisse, les té» moins suisses qui seront cités à comparaître en per» sonne en France, et les témoins français qui seront » cités à comparaître en personne en Suisse, seront » tenus de se transporter devant le tribunal qui les aura » appelés, sous les peines déterminées par les lois res» pectives des deux nations.

» Les deux gouvernements accorderont, en ce cas, » aux témoins, les passe-ports nécessaires, et ils se con» certeront pour fixer l'indemnité et l'avance préalable » qui seront dues, à raison de la distance et du séjour; » mais si le témoin se trouvait complice, il sera envoyé » par-devant son juge naturel, aux frais du gouverne» ment qui l'aurait appelé.

» Art. 18. Si les individus qui seraient déclarés juri» diquement coupables de crimes d'État, assassinats, » empoisonnements, incendies, faux sur des actes pu» blics, fabrication de fausse monnaie, vols avec vio» lence ou effraction, ou qui seraient poursuivis comme » tels, en vertu de mandats décernés par l'autorité lé» gale, se réfugiaient d'un pays dans l'autre, leur extra» dition sera accordée à la première réquisition. Les » choses volées dans l'un des deux pays, et déposées dans » l'autre, seront fidèlement restituées, et chaque État » supportera, jusqu'aux frontières de son territoire, les » frais d'extradition et de transport.

» Dans les cas de délits moins graves, mais qui » peuvent emporter peine afflictive, chacun des deux » États s'engage, indépendamment des restitutions à » opérer, à punir lui-même le délinquant; et la sentence » sera communiquée à la légation française en Suisse, » si c'est un citoyen français, et respectivement à l'en» voyé helvétique à Paris, ou, à son défaut, au landam» man de la Suisse, si la punition pesait sur un citoyen » suisse. »

quences qui attaquent l'indépendance des différents souverains. Le souverain cesserait de l'être dans ses États, s'il était obligé d'accorder, dans son territoire, aux sujets d'un autre État, tout ce que le souverain de cet autre État y accorde aux étrangers. Cette raison de réciprocité fut donc rejetée en France en 1748, dans l'affaire de la princesse de Carignan, qui prétendait que son contrat de mariage, passé à Turin, le 22 octobre 1714, emportait hypothèque sur les biens de France, et que les contrats passés en France emportaient hypothèque sur les biens du Piémont (1). Le parlement de Paris accueillit la prétention de la princesse, par un arrêt du 14 septembre 1744. Mais cet arrêt fut cassé par le conseil privé du roi, le 18 mars 1748.

Ainsi le Code civil qui, pour faire cesser la maxime de droit public, que les jugements étrangers n'ont point d'exécution en France, exige des lois politiques, des traités de souverain à souverain ou de nation à nation, est conforme à l'ancienne jurisprudence.

93. On peut demander si les jugements rendus dans les pays réunis à la France, et qui ont cessé de l'être depuis la chute de l'empire et la restauration de Louis XVIII, ont en France l'autorité de la chose jugée. La question ne nous paraît pas douteuse à l'égard des jugements rendus antérieurement à la séparation de ces pays de la monarchie française, sauf néanmoins à faire ajouter la formule exécutoire, exigée même pour les actes passés en France avant la restauration.

Mais, quant aux jugements rendus depuis, on ne saurait l'affirmer, lorsqu'il n'y a point eu de traité entre les deux nations, devenues des souverainetés étrangères l'une à l'autre. Rossi (2) nous apprend que la république de Genève, qui faisait partie de la France avant la restauration, et qui, depuis, a recouvré son indépendance, a pris, le 3 mai 1820, un arrêté portant que les articles du traité passé avec la Suisse, en 1803, seront aussi observés chez elle, à charge de réciprocité de la part de la France. Rossi ajoute que cette réciprocité existe complétement par le fait, et que le gouvernement et les magistrats français, loin d'apporter la moindre entrave à l'exécution, en France, des jugements rendus à Genève, se sont empressés de la permettre, même avant l'arrêté du gouvernement genevois, sans exiger un nouvel examen du jugement.

Nous ignorons ce qui s'observe à l'égard des jugements rendus dans les autres pays séparés de la France depuis la restauration et la chute de l'empire; par exemple, la Belgique (3). Nous croyons seulement que les esprits, et même le

---

(1) *Voyez* les *OEuvres posthumes* de d'Héricourt, t. 2, p. 143. *Voy.* aussi les *Questions de droit* de Merlin, vº *Jugement*, § 15.

(2) *Ubi supra.*

(3) Il a été rendu plusieurs dispositions relatives à l'exécution des jugements antérieurs à la formation du royaume des Pays-Bas.

Un arrêté du 9 septembre 1814 porte :

« Art. 1er. Les arrêts et jugements rendus en France, et les contrats qui y auront été passés, n'auront aucune exécution dans la Belgique.

» 2. Les contrats y tiendront lieu de simple promesse.

» 3. Nonobstant ces jugements, les habitants de la Belgique pourront de nouveau débattre leurs droits devant les tribunaux qui y sont établis, soit en demandant, soit en défendant. » (*Voy.* plus haut les notes sous le nº 81.)

Cet arrêté ayant été faussement interprété en France, le gouvernement crut devoir en expliquer le véritable sens, et c'est le but de celui du 29 novembre 1814, qui est ainsi conçu :

« Sur le rapport de notre commissaire général de la justice :

» Attendu que, quoique le principe que la loi n'agit pas rétroactivement, et l'art. 12 de l'arrêté du 9 avril dernier relatif à l'organisation d'une cour de cassation provisoire, ne laissent aucun doute que les dispositions de l'arrêté du 9 septembre relatives aux jugements rendus, et aux actes reçus par des notaires en France, concernent seulement les arrêts et actes d'une date postérieure à la séparation de la Belgique avec la France, époque fixée par ledit arrêté du 9 avril au 31 janvier précédent, néanmoins des tribunaux de France ont pensé que l'arrêté du 9 septembre dernier s'étendait aux jugements ou arrêts rendus même pendant le temps de la réunion, en partant de ce principe pour refuser des lettres de *pareatis* pour des arrêts rendus en Belgique contre des Français, pendant le temps de sa réunion avec la France ;

» Voulant faire cesser une interprétation aussi préjudiciable aux habitants de la Belgique,

» Avons arrêté et arrêtons :

» Les dispositions de l'arrêté du 9 septembre dernier ne s'entendent que des jugements ou actes rendus ou passés en France postérieurement au 31 janvier 1814. »

Des dispositions de même nature avaient été prises le 11 décembre 1813 pour les provinces septentrionales; elles ont été refondues avec celles qui précèdent dans un seul arrêté, qui, en même temps, a indiqué la marche à suivre à l'égard des arrêts rendus pendant la réunion des Pays-Bas à la France.

Voici cet arrêté :

» Revu notre arrêté du 11 décembre 1813, pour les provinces septentrionales, ainsi que nos arrêtés des 9 septembre et 29 novembre 1814, pour les provinces méridionales, par lesquels il a été statué que les sentences et arrêts judiciaires prononcés par les autorités françaises, pendant le temps que les susdits pays ont été soumis au gouvernement français, de même que les actes notariés passés en France pendant la même époque, ne seront exécutoires contre nos sujets que pour autant que leurs dates seront respectivement antérieures au 21 novembre 1813 et au 31 janvier 1814;

» Considérant, en premier lieu, qu'une détermination semblable est nécessaire à l'égard des pays réunis à notre royaume, en vertu du traité du 20 novembre dernier, et secondement qu'il convient et qu'il importe en général d'établir les formes d'après lesquelles on pourra exécuter dans notre royaume les sentences, arrêts ou actes notariés munis de la formule exécutoire usitée du temps du gouvernement précédent de la France, et postérieurement ;

» Sur la proposition de notre ministre de la justice ;

» Notre conseil d'État entendu,

gouvernement français, paraissent disposés à adopter les principes équitables du traité de 1803, qui tendent au but si désirable de rapprocher les peuples. D'autres gouvernements encore annoncent la même disposition. Le pape a fait promulguer, dans ses États, en 1820, un décret qui accorde l'*exequatur* pur et simple aux sentences et jugements rendus par les tribunaux étrangers; il exige seulement la condition de la réciprocité; mais il adopte sur ce point un principe raisonnable et plus philosophique que celui même de l'assemblée constituante sur la suppression du droit d'aubaine. Ce décret veut que le fait de la réciprocité soit censé exister tant qu'on n'a pas de raisons particulières d'en douter. Nous croyons faire plaisir au lecteur, en insérant ici la traduction du décret, telle que l'a donnée Rossi, *ubi supra*, page 65.

DÉCRET.

« Sa Sainteté, persuadée qu'il est de l'intérêt commun de tous les gouvernements de se prêter assistance, pour que les choses jugées, concernant les droits et les intérêts particuliers, reçoivent promptement, et avec une parfaite réciprocité, leur plein et entier effet, nous a ordonné de prescrire en son nom les règles à observer par les tribunaux de ses États, relativement à l'exécution des jugements étrangers.

» Art. 1er. L'exécution des jugements prononcés par les tribunaux étrangers compétents, dans les causes laïques entre laïques, et en matières non ecclésiastiques, sera accordée en vertu de lettres rogatoires de la part desdits tribunaux, et sur la demande de la partie intéressée, en se conformant aux règles suivantes :

» Art. 2. S'il s'élève des doutes sur la compétence du tribunal qui a prononcé la sentence dont on demande l'exécution, le tribunal requis pourra demander au tribunal étranger les éclaircissements nécessaires; et dans le cas où les observations de ce dernier ne suffiraient pas pour lever le doute, le tribunal requis devra s'adresser à monseigneur l'auditeur de Sa Sainteté, et attendre sa décision.

» Art. 3. Pour demander l'exécution d'une sentence, il faudra en exhiber, soit l'original, soit une copie authentique, équivalente à l'original, et les signatures en devront être vérifiées par les agents du gouvernement de Sa Sainteté, selon les formes usitées.

» Art. 4. Le juge du tribunal étranger devra certifier, dans sa lettre rogatoire, que la sentence dont il s'agit est passée en force de chose jugée.

» Art. 5. L'exécution de la chose jugée pourra être demandée, soit auprès du tribunal collégial de l'A. C., résidant à Rome, soit auprès des tribunaux civils de première instance, dans les légations ou délégations où l'exécution doit avoir lieu.

» Art. 6. Si la partie condamnée réside dans les États de Sa Sainteté, la demande d'exécution se fera au moyen d'une simple signification à la partie ou à son domicile; dans le cas contraire, au moyen d'un placard. L'exécution sera accordée par un simple *exequatur*, sans autre formalité.

» Art. 7. L'exécution aura lieu conformément au dispositif de la sentence, suivant les formes et les règles prescrites pour l'exécution des jugements rendus par les tribunaux de l'État.

» Art. 8. Le tribunal auquel on s'adressera pour obtenir l'*exequatur* ne pourra nullement connaître du fond du jugement étranger. Toutefois, si on lui exhibait un nouveau document authentique, qui n'eût pas été pris en considération par le tribunal étranger, et qui périmât en tout ou en partie l'action, il serait tenu de suspendre l'exécution, et de donner connaissance de cet incident au tribunal étranger.

» Art. 9. L'*exequatur* ne sera accordé qu'autant que les jugements rendus dans les États

---

» Avons arrêté et arrêtons :

» Art. 1er. Aucun arrêt, sentence ou décision de la cour de cassation à Paris, des différentes cours de justice, des tribunaux et juges français, du conseil d'État de France, ou de toute autre autorité légalement compétente dans l'étendue du territoire français, porté contre nos sujets pendant l'époque où nos pays ont été soumis au gouvernement français, ni aucun acte notarié, passé en France pendant la même époque, ou muni de la formule exécutoire, précédemment ou aujourd'hui usitée en France, ne pourra être exécuté contre nos sujets, à moins qu'il n'ait été prononcé ou passé avant et jusqu'au 21 novembre 1813 inclusivement, pour ce qui concerne les habitants des anciennes Provinces-Unies : ou avant et jusqu'au 31 janvier 1814 inclusivement, pour ce qui regarde les habitants de l'ancienne Belgique : et enfin avant et jusqu'au 13 décembre 1815 inclusivement, en ce qui concerne les habitants des pays réunis au royaume, en conséquence du traité de paix du 20 nov. dernier; en observant d'ailleurs les dispositions suivantes:

» 2. Dorénavant, pour pouvoir mettre à exécution toute sentence, arrêt, décision ou acte notarié, qui a été prononcé ou passé dans notre royaume, sous l'ancienne formule exécutoire française, avant les dates indiquées à l'article précédent, et du temps de l'administration française, la partie intéressée devra le présenter au président du tribunal de l'arrondissement où il est domicilié, ou dans lequel demeure sa partie adverse, afin que ladite sentence, arrêt ou acte, soit déclaré exécutoire par ce président.

» Les présidents ne pourront s'occuper des mérites de la cause à laquelle se rapportent les sentences, arrêts et actes, et se borneront à examiner leurs dates, afin que, dans le cas où ils trouveront que lesdites pièces ont été données ou passées dans les termes ci-dessus, repris à l'article premier, ils les déclarent valables, sans frais, et sans ouïr la partie, en y inscrivant les mots suivants :

» *Soit, le présent acte, décision, arrêt ou sentence, passé ou prononcé à... le... exécutoire au nom du roi.* »

» de Sa Sainteté jouiront de la même faveur » dans les pays étrangers. Cette réciprocité est » présumée, tant qu'il n'y a pas quelque raison » particulière d'en douter.

» Art. 10. En conséquence, les tribunaux de » l'État, dans les causes jugées par eux, et sur » la demande des parties, devront adresser des » lettres pour l'exécution de leurs sentences aux » juges étrangers.

» Donné en secrétairerie d'État, le 11 mars » 1820.

» H. cardinal Consalvi. »

Un catholique romain ne sera point étonné de la restriction contenue dans le premier article de ce décret, relativement aux jugements rendus dans les matières ecclésiastiques, ou contre des ecclésiastiques. Le chef de cette religion ne pouvait omettre cette restriction, quant au premier chef: mais on ne peut trop admirer l'exemple de tolérance donné par Sa Sainteté, qui accorde une confiance égale aux jugements rendus en pays protestants, par des juges protestants, et aux jugements rendus par des juges catholiques. La tolérance commence donc à s'introduire même à Rome, tandis qu'on voit l'intolérance près de se glisser en d'autres États, d'où les lois l'avaient bannie, et que l'autorité craint d'y confier certains emplois à des protestants.

Après avoir examiné la nature de la présomption que la loi attache à la chose jugée, quelle est son autorité, si elle produit son effet de plein droit ou seulement par voie d'exception; enfin, si cette présomption est attachée aux jugements rendus en pays étranger, il faut examiner quand il y a chose jugée; quels jugements ont l'autorité de la chose jugée; à quelles choses elle s'étend; à quelles personnes elle peut être opposée.

94. Il n'y a point de chose jugée avant que le juge ait définitivement prononcé sur la contestation soumise à sa décision, avant qu'il ait admis ou rejeté la demande, condamné ou absous le défendeur. Res judicata *dicitur quæ finem controversiarum pronunciatione judicis accipit, quod vel condemnatione vel absolutione contingit.* (L. 1, ff. *de re judic.* 42, 1.)

95. Le jugement de provision, qui contient une condamnation provisoirement exécutoire, ne peut donc avoir ni le nom, ni l'autorité de la chose jugée : car quoiqu'il donne à la partie qui l'a obtenu le droit de contraindre l'autre à payer la somme portée dans la condamnation, il ne met pas fin au procès, et ne forme pas une présomption légale que cette somme soit due, puisque l'instruction subséquente peut apprendre qu'elle n'est pas réellement due, et faire en conséquence condamner définitivement celui qui l'a reçue à la restituer.

96. A plus forte raison, les jugements ou arrêts préparatoires ou interlocutoires, qui ne contiennent ni condamnation, ni congé de la demande, ne peuvent avoir l'autorité de la chose jugée, puisqu'ils se bornent à ordonner quelques éclaircissements préalables pour éclairer les juges. *Nec vox omnis judicis, judicati continet auctoritatem.* (L. 7, Cod., *de sentent. et interlocut.*, 7, 45.)

97. L'ordonnance de 1667, tit. 27, art. 5, contenait une disposition particulière pour déterminer les jugements qui doivent avoir l'autorité de la chose jugée. Notre nouveau Code de procédure n'en contient point de semblable, quoiqu'il parle en plusieurs endroits des *jugements passés en force de chose jugée;* ce qui fait voir que les principes, sur ce point, ne sont pas changés.

Aujourd'hui donc, comme sous l'empire de l'ordonnance, « les sentences et jugements qui » doivent passer en force de chose jugée sont » ceux rendus en dernier ressort et dont *il n'y » a appel*, ou dont l'appel n'est pas recevable, » soit que les parties y eussent formellement » acquiescé, ou qu'elles n'en eussent interjeté » appel dans le temps, ou que l'appel ait été dé» claré péri, » c'est-à-dire périmé. (Art. 5 de l'ordonnance de 1667, tit. 27.)

98. Aux jugements rendus en dernier ressort, ajoutez les jugements rendus dans les affaires où les parties ont consenti à être jugées sans appel. La loi du 24 août 1790 leur faisait même un devoir (1) de déclarer, au commencement de la procédure, si elles consentaient à être jugées sans appel. Cette déclaration n'est plus aujourd'hui une obligation; mais aucune loi n'a dérogé au principe raisonnable qu'on peut d'avance, et avant le jugement, renoncer à l'appel. Ce principe, qui tend à l'abréviation des procès, et qu'on doit par conséquent favoriser, est établi par les lois romaines : *Si quis ante sententiam professus fuerit, se a judice non provocaturum, indubitate provocandi auxilium perdidit,* dit Ulpien, l. 1, § 3, ff. *a quibus appellari non licet,* 49, 2.

Avant la révolution, on regardait cette disposition des lois romaines comme abrogée, par suite peut-être de la patrimonialité des juridictions (2);

(1) Art. 6, tit. 4, qui porte :
« En toutes matières personnelles, réelles ou mixtes, » à quelque somme ou valeur que l'objet de la contesta» tion puisse monter, les parties seront tenues de dé» clarer, au commencement de la procédure, si elles » consentent à être jugées sans appel, et auront encore, » pendant tout le cours de l'instruction, la faculté d'en » convenir; auquel cas les juges de district prononceront » en premier et en dernier ressort. »

(2) Bien plus, dans les cours d'appel, en pays coutumier, on ne pouvait transiger ou s'accorder sans lettres du roi; et il fallait rapporter l'accord par-devant la cour. *Voy.* Loisel, liv. 6, tit. 4, règ. 7.

mais cette sage disposition a été remise en vigueur par la loi du 24 août 1790 (1).

99. On voit que l'ordonnance réunit ici, aux jugements en dernier ressort, ceux dont il n'y a pas encore d'appel interjeté, parce que, dit Pothier (2), tant qu'il n'y a pas encore d'appel, ils ont une espèce d'autorité *de chose jugée* qui donne à la partie en faveur de qui ils ont été rendus le droit d'en poursuivre l'exécution; mais cette autorité, ajoute-t-il, et la présomption qui en résulte, ne sont que momentanées, et sont détruites aussitôt qu'il y a eu appel interjeté.

Dans notre législation actuelle, cette autorité momentanée est suspendue pendant huitaine, par les art. 449 et 450 du Code de procédure, dont le premier porte : « *Aucun appel* d'un juge-» ment non exécutoire par provision ne pourra » être interjeté dans la huitaine, à dater du jour » du jugement. »

Le second ajoute que « l'exécution des juge-» ments non exécutoires par provision sera » suspendue pendant ladite huitaine. »

Nous avons déjà dit que, suivant Pothier, les jugements de provision ne peuvent avoir l'autorité de la chose jugée. L'exécution provisoire de ces jugements ne leur donne point cette autorité, parce qu'il est possible qu'en définitive celui qui avait obtenu une provision soit condamné à la restituer.

Quant à l'autorité momentanée des jugements sujets à l'appel, mais dont l'appel n'est point encore interjeté, cette autorité ne doit pas nous arrêter : il en résulte seulement que celui qui a obtenu le jugement peut en poursuivre l'exécution, et que l'autre partie ne peut l'empêcher qu'en interjetant appel.

100. A l'égard des jugements en dernier ressort, tels que les arrêts des cours souveraines, dont on ne peut être appelant, ceux rendus dans les affaires où l'on a renoncé à l'appel, ils ont, lorsqu'ils sont définitifs et contradictoires, une autorité de chose jugée stable et perpétuelle, aussitôt qu'ils ont été rendus. Les voies extraordinaires permises pour les attaquer, telles que la requête civile, le pourvoi en cassation en matière civile, n'en suspendent point l'exécution. Ils ont donc l'autorité de la chose jugée, jusqu'à ce que la requête civile soit admise ou l'arrêt cassé.

Il en est de même des jugements rendus par les tribunaux civils d'arrondissement, dans les cas où ils sont autorisés à prononcer en dernier ressort, savoir : 1° lorsqu'ils prononcent comme juges d'appel des tribunaux de paix, parce qu'il ne peut y avoir que deux degrés de juridiction (décret du 1er mai 1790) (3) ;

2° Dans les affaires personnelles et mobilières, jusqu'à la valeur de 1,000 fr. de principal, et dans les affaires réelles, dont l'objet principal est de 50 fr. de revenu déterminé, soit en rente, soit par prix de bail (4).

101. Il faut remarquer que la disposition finale de l'article 453 du Code de procédure ne permet pas de recevoir les appels des jugements rendus sur des matières dont la connaissance, en dernier ressort, appartient aux premiers juges, mais qu'ils auraient omis de qualifier tels, ou qu'ils auraient qualifiés en premier ressort. Ainsi, ces jugements ont l'autorité de la chose jugée, aussitôt qu'ils sont rendus; et si l'autre partie s'en portait appelante, l'exécution provisoire pourrait en être ordonnée sur un simple acte à l'audience, avant le jugement de l'appel. (Art. 457 et 458 du Code de procédure.)

102. Les arrêts ou jugements, quoique rendus par défaut, n'en sont pas moins de véritables jugements. Ils ont tous les effets des jugements contradictoires (5).

Cependant, comme il est possible que le défaillant ait ignoré la citation, ou qu'il ait été retenu par quelque empêchement légitime, l'exécution est suspendue pendant un délai que la loi lui accorde, pour former une opposition qui en détruit l'effet; de même qu'au criminel, la représentation du condamné anéantit les jugements rendus contre lui par contumace (6). Ce n'est donc qu'après que la partie défaillante a laissé passer le délai de l'opposition sans la former, que les jugements rendus par défaut acquièrent une autorité de chose jugée stable et perpétuelle.

103. Quant au délai dans lequel l'opposition peut être formée, il faut distinguer si la partie défaillante avait ou non constitué un avoué.

« Si le jugement est rendu contre une partie » ayant un avoué, l'opposition ne sera recevable » que pendant la huitaine, à compter du jour de » la signification à avoué. » (Art. 157 du Code de procédure.)

« S'il est rendu contre une partie qui n'a pas

---

(1) *Voy.* les *Questions de droit* de Merlin, v° *Appel*, § 7.

(2) *Traité des Obligations*, n° 853, p. 236.

(3) Il paraît que ce décret ne fut point sanctionné dans le temps ; mais le principe important qu'il énonce n'en est pas moins généralement observé et reconnu. Les dispositions des lois postérieures sont des conséquences du principe énoncé dans ce décret, rappelé comme loi dans une foule d'arrêts de la cour de cassation. *Voyez* entre autres l'arrêt du 21 brumaire an X ; autre du 28 nivôse an XI ; autre du 24 ventôse an XI ; autre du 21 floréal an XI.

Mais *voyez* surtout l'avis du conseil d'État, approuvé le 31 janvier 1806, et imprimé à sa date dans le *Bulletin des lois*, p. 234. Il porte :

« Les constitutions n'ont établi que deux degrés de » juridiction. »

(4) Tit. 4, art. 5, de la loi du 24 août 1790, sur l'organisation judiciaire.

(5) Arrêt de cassation du 24 thermidor an XIII, 12 novembre 1806.

(6) *Voy.* art. 29 du Code civil.

» d'avoué, l'opposition sera recevable jusqu'à » l'exécution du jugement. » (Art. 158.)

Et dans ce dernier cas-là même, « les jugements par défaut sont réputés non avenus, s'ils ne sont pas exécutés dans les six mois de leur obtention. » (Art. 156.)

104. Tous les jugements acquièrent l'autorité de la chose jugée, lorsque les parties n'en ont pas appelé dans le délai prescrit. Ce délai a beaucoup varié en France. L'ordonnance de 1667, qui était la loi vivante au moment de la révolution, accordait aux particuliers non privilégiés dix ans entiers pour interjeter appel d'un jugement par lequel ils se croyaient lésés, et vingt ans aux privilégiés, savoir : à l'Église, aux hôpitaux, colléges, universités et maladreries.

La partie au profit de qui le jugement avait été rendu pouvait abréger ces délais, en faisant une sommation juridique à l'autre partie d'en interjeter appel, si bon lui semblait; mais cette sommation ne pouvait être faite qu'au bout de trois ans, du jour de la signification du jugement rendu contre des particuliers non privilégiés, et au bout de six ans, s'il était rendu contre l'Église ou autres privilégiés.

L'effet de cette sommation était que la partie à qui elle avait été faite n'avait plus que six mois pour appeler.

Mais si, avant l'expiration de ces délais, la partie contre qui le jugement avait été rendu décédait, son héritier avait encore une année de délai pour interjeter appel, outre tout le temps qui restait du délai accordé à celui auquel il succédait, et au bout de ce nouveau délai d'un an, il fallait encore faire une sommation, quand même il en eût été déjà fait une au défunt; et du jour de cette sommation, l'héritier avait encore six mois pour être reçu à interjeter appel. Ces délais ne couraient pas contre les mineurs (1).

Il semblerait difficile d'imaginer une législation plus propre à éterniser les procès, à nourrir l'esprit de litige, et à maintenir l'incertitude des droits et des propriétés, et cela, sans aucune véritable utilité pour la partie contre qui le jugement avait été rendu; car, comme l'observe fort bien Pothier, « dès le commencement » que la cause a été portée devant le premier » juge, cette partie a pu prévoir qu'elle pour- » rait perdre sa cause; et pendant tout le temps » qu'a duré le procès, elle a eu le temps de » délibérer sur le parti qu'elle aurait à prendre, » dans le cas où elle perdrait son procès. »

Cependant, l'ordonnance de 1667 n'avait fait qu'abréger les délais de l'appel. Avant qu'elle fût rendue, il était reçu qu'on pouvait appeler pendant trente ans (2), temps auquel, suivant l'avocat général Talon, on avait limité la faculté d'appeler, parce que l'action qui naissait en exécution de la sentence ne se prescrivait que par le même délai (3).

Ce vice, dans la jurisprudence française, s'était introduit par l'abus des lettres de relief de l'*illico :* car autrefois dans la France coutumière, il fallait appeler incontinent après le jugement (4). Une ordonnance de Charles VII, du mois d'avril 1453, portait, article 181, qu'en pays coutumier, suivant l'ancien usage : « Nul » ne sera reçu à appeler, s'il n'appelle inconti- » nent après la sentence donnée, sinon que par » fraude, dol ou collusion du procureur qui aura » occupé en la cause, icelui procureur n'eût » appelé, *ou qu'il y eût grande et évidente cause* » *de relever l'appelant* de ce qu'il n'aurait ap » pelé incontinent (5). »

A la même époque, on suivait en France, dans les pays de droit écrit, la novelle 23 de Justinien, qui accordait, chap. 1, dix jours pour interjeter appel, à compter du jour de la prononciation du jugement.

Pothier trouvait en cela le droit romain bien sage et bien propre à conserver la tranquillité des citoyens, en abrégeant les procès. Le vice des dispositions de l'ordonnance de 1667, sur les délais des appels, était universellement senti, depuis longtemps, au moment de la révolution.

---

(1) *Voy.* Pothier, section *de l'Autorité de la chose jugée*, nº 858. (Éd Tarlier, t. 1, p 257.)

(2) *Voy.* le *Nouveau Denisart*, vº *Appel*, § 7, nº 3. *Voyez* aussi le *Répertoire*, vº *Appel*, sect. 1, § 3, *in princ.*

(3) *Voy* le procès-verbal de l'ordonnance, p. 429, *in fine*, tit. 30, art. 21.

(4) *Voy.* le *Nouv. Denis*, *ubi sup.* L'abus des lettres de relief de n'avoir pas appelé en temps utile continua sous l'empire de l'ordonnance de 1667 ; j'en ai encore vu des exemples.

(5) Nous extrayons des *Institutes* de de Gewhiet la note suivante, sur les délais d'appel :

« Le temps pour appeler au parlement de Flandres est de dix jours, et pour relever l'appel de trois mois, suivant le style, chap. 10, art. 1, conforme en cela au style du grand conseil de Malines, au titre *des Matières d'appel*, art. 1.

» Mais si les coutumes du lieu où les sentences ont été rendues prescrivent un moindre délai, il faut s'y conformer. (*Style du parlement de Flandres*, loc. cit., art. 2.)

» Dans le pays de Hainaut, on a aussi dix jours pour appeler; mais il faut relever appel dans les premiers plaids. (Charte 54, art. 2 et 4.)

» Selon la coutume de Lille, tit. *des Appellations*, art. 1, il faut appeler sur-le-champ si on est présent, et endéans sept jours, si on est absent ou quand on en aura connaissance, ensuite relever l'appel dans les trois mois.

» D'après la coutume de Douai, il faut relever l'appel dans les quarante jours.

» Suivant le droit romain, suivi dans plusieurs contrées, on doit appeler *intra triennium*, mais par l'authentique *hodie*, qui est à la suite de la l. 6, C., *de appel.*, on n'a que dix jours. » (*Instit. du droit belge*, part. 4, tit. 3.)

Néanmoins, nos législateurs trouvèrent trop court le délai de dix jours, accordé par le droit romain. L'article 14 du tit. 5 de la loi du 24 août 1790, concernant l'organisation judiciaire, accorda trois mois. « Nul appel d'un jugement » *contradictoire* ne pourra être signifié, ni avant » le délai de huitaine, à compter du jour du » jugement, ni après l'expiration de trois mois, » à dater du jour de la signification du juge- » ment, faite à personne ou domicile. Ces deux » termes sont de rigueur, leur inobservation » emporte la déchéance de l'appel : en consé- » quence, l'exécution des jugements qui ne sont » pas exécutoires par provision demeurera sus- » pendue pendant le délai de huitaine. »

Cette disposition ne parlant que des jugements contradictoires, l'appel des jugements rendus par défaut pouvait être relevé pendant dix ans, conformément aux dispositions de l'ordonnance de 1667 (1). Mais le Code de procédure a étendu à l'appel des jugements par défaut le délai de trois mois. L'article 443 porte : « Le délai pour interjeter appel sera de trois » mois; il courra, pour les *jugements contra-* » *dictoires*, du jour de la signification à personne » ou domicile;

» Pour les jugements par défaut, du jour où » l'opposition ne sera plus recevable. »

L'article 444 ajoute : « Ces délais emporte- » ront déchéance; ils courront *contre toutes par-* » *ties*, sauf le recours contre qui de droit; mais » ils ne courront contre le mineur non éman- » cipé que du jour où le jugement aura été » signifié tant au tuteur qu'au subrogé tuteur, » encore que ce dernier n'ait pas été en cause. »

105. Du reste, l'article 449 porte aussi que : « Aucun appel d'un jugement non exécutoire » par provision ne pourra être interjeté dans » la huitaine, à dater du jour du jugement. Les » appels interjetés dans ce délai seront décla- » rés non recevables, sauf à l'appelant à les » réitérer, s'il est encore dans le délai. »

Cette disposition a pour objet de laisser passer les premiers moments d'humeur que la perte d'un procès inspire assez ordinairement aux plaideurs obstinés, de leur donner le temps de se calmer, pour n'écouter que les conseils de la raison.

Après les délais de l'appel expiré, les jugements acquièrent une autorité de chose jugée stable et perpétuelle. L'acquiescement des parties, ou leur renonciation à l'appel, leur donne la même force.

106. Nous avons déjà parlé de la renonciation à l'appel, antérieure ou postérieure au jugement. Quant à l'acquiescement, l'ordonnance de 1667, titre 27, article 5, porte que l'appel des jugements n'est pas recevable, lorsque les parties y ont *formellement* acquiescé.

Acquiescer à un jugement, c'est en approuver les dispositions et se soumettre à les exécuter, ou du moins consentir qu'elles reçoivent leur exécution. Cet acquiescement peut se faire d'une manière expresse ou tacite : expresse, lorsque la partie a passé un acte d'acquiescement; tacite, lorsqu'il résulte clairement et sans équivoque, de ses actions, que son intention est d'acquiescer au jugement (2); par exemple, si elle demande un terme pour payer le montant de sa condamnation : *ad solutionem dilationem petentem acquievisse sententiæ manifeste probatur : sicut eum qui quolibet modo sententiæ acquieverit.* (L. 5, Cod., *de re judicata*, 7, 52.)

A plus forte raison, si elle est entrée en payement, soit du capital, soit des dépens; à moins que, dans le cas d'un jugement exécutoire par provision, elle n'ait payé qu'en vertu de contrainte, et sans préjudice de l'appel qu'elle a interjeté ou qu'elle compte interjeter.

107. Si l'ordonnance s'est servie du terme d'acquiescement *formel*, ce n'est pas pour faire entendre qu'il faut un acte écrit, un acte exprès, mais seulement pour avertir que les faits d'où l'on induit un acquiescement doivent être tels que l'on ne puisse douter que l'intention de la partie condamnée a été de se soumettre à la condamnation portée contre elle. Par exemple, la signification d'un jugement sans protestation, sans réserve de s'en porter appelant, contient un acquiescement implicite; car la signification, étant un préalable de l'exécution, est une déclaration implicite que l'on entend poursuivre cette exécution, et cela quand même la signification ne contiendrait pas la clause ordinaire, *avec sommation d'y obéir et porter état*. On l'a toujours ainsi jugé, avant la nouvelle législation, et le Code de procédure n'a rien changé à cette ancienne jurisprudence (3).

108. Mais cet acquiescement, qui résulte de la signification pure et simple du jugement, n'est que conditionnel; et si la partie à qui elle est faite se portait appelante, l'intimé, même après les trois mois, pourrait interjeter incidemment appel, en tout état de cause, quand même il aurait signifié le jugement sans protestation. (Art. 443 du Code de procédure.) Cette disposition est une exception au principe général qu'elle présuppose, savoir : que la partie qui a fait la signification du jugement, sans protestation ni réserve, se rend non recevable à se pourvoir par appel principal. (Voyez le *Répertoire*, v° *Appel*, § 6.)

109. Pothier observe que si la partie qui a acquiescé au jugement a de justes motifs de res-

(1) *Voy.* l'arrêté du *directoire exécutif*, du 9 messidor an IV, imprimé dans le *Bulletin des lois*, sous le n° 497.

(2) Brux., 6 juillet 1844 (*Jur. de Belg.*, 1845).

(3) *Voy.* l'ouvrage de notre savant collègue Carré, quest. 1452.

titution contre son acquiescement, l'autorité de la chose jugée que le jugement avait acquise n'est pas stable et perpétuelle, et qu'elle sera détruite si la restitution est prononcée.

110. Enfin, « la péremption en cause d'appel » a l'effet de donner au jugement dont est ap- » pel la force de la chose jugée. » (Art. 469 du Code de procédure.) Il n'entre point dans le plan que nous nous sommes tracé d'expliquer ici la manière dont s'acquiert la péremption, ni de traiter les questions que peuvent faire naître la rédaction des jugements et les appels.

111. Nous dirons seulement que tous les jugements qui n'ont pas été, dans les délais prescrits, attaqués par l'un des moyens qu'indique la loi, acquièrent la force de la chose jugée, même les jugements nuls et les jugements iniques.

Il existe une grande différence entre les jugements nuls, *injusta sententia*, et les jugements iniques, *sententia iniqua*.

Les jugements nuls sont en général ceux qui sont contraires à la loi (1); mais, dans notre jurisprudence, il n'y a de jugements nuls que ceux qui ne sont pas revêtus des formes prescrites *à peine de nullité*. C'est la disposition précise de l'article 7 de la loi du 20 avril 1810. Le même article énumère les formalités prescrites à peine de nullité. Nous reviendrons sur ce point *infra*.

112. Dans le droit romain, les jugements nuls ne produisaient aucun effet; ils étaient nuls de plein droit, il n'était pas nécessaire d'en appeler; et par cette raison, le défaut d'appel dans les délais de la loi ne leur attribuait pas l'autorité de la chose jugée. La loi 19, ff. *de appellationibus et relationibus*, 49, 1, le dit formellement : *Si expressim sententia contra juris rigorem data fuerit, valere non debet; et ideo, et sine appellatione causa denuo induci potest. Non jure profertur sententia, si specialiter contra leges, vel senatus-consultum, vel constitutionem fuerit prolata: unde si quis ex hac sententia appellaverit, et præscriptione summotus sit, minime confirmatur ex hac præscriptione sententia: unde potest causa ab initio agitari.*

Par une conséquence de ces principes, le juge devant lequel on exceptait de la nullité d'une sentence pouvait en prononcer la nullité, quoiqu'il ne fût pas le supérieur de celui qui l'avait rendue. C'est ce qui résulte de la loi 1, C., *de sententiis et interlocut. omnium judicum*, 7, 45.

113. Mais il en est autrement dans notre législation; c'est surtout aux sentences ou jugements que s'applique cette ancienne règle de notre droit français: *Voies de nullité n'ont point de lieu* (2).

Une fois qu'un jugement est prononcé, il ne peut plus, quoique nul dans la forme, être anéanti que par la voie d'appel; et si c'est un jugement en dernier ressort ou un arrêt, par la voie de la requête civile ou de la cassation.

Ainsi, la nullité d'un jugement n'empêche point les délais de l'appel de courir. Attendu, dit fort bien la cour de cassation, dans un arrêt du 3 floréal an XIII (3), que l'art. 17 du tit. 27 de l'ordonnance de 1667, en déclarant que les sentences obtiendront force de chose jugée, après dix ans de leur signification, s'il n'en a été interjeté appel dans ce délai, n'a fait aucune distinction entre celles qu'on attaquerait par voie de nullité ou par les moyens du fond.

La loi du 24 août 1790, et l'art. 443 du Code de procédure, qui ont fixé le délai de l'appel à trois mois, du jour de la signification du jugement, sous peine de déchéance, n'ont également fait aucune distinction entre les jugements attaqués par voie de nullité ou par les moyens du fond.

114. On avait tenté de faire aux jugements nuls l'application de l'art. 2267 du Code civil, suivant lequel *le titre nul par défaut de forme ne peut servir de base à la prescription de dix et vingt ans*; et l'on prétendait en conclure que les jugements nuls ne peuvent faire courir les délais de l'appel, que l'on comparait à une prescription.

Mais ce raisonnement a été rejeté par l'arrêt déjà cité de la cour de cassation, attendu que l'art. 2267 du Code civil n'est point applicable aux délais de l'appel: 1° en ce qu'il ne s'agit point, en ce cas, d'une prescription à l'effet d'ac-

(1) Mais quand y a-t-il contravention aux dispositions de la loi? Consultons la loi 1, § 2, ff. *quæ sententiæ sine appellatione rescindantur*, 49, 8 :

« Item cum contra sacras constitutiones judicatur, » appellationis necessitas remittitur. Contra constitu- » tiones autem judicatur, cum de jure constitutionis, » non de jure litigatoris, pronunciatur; nam si judex » volenti se ex cura muneris, vel tutelæ, beneficio libe- » rorum, vel ætatis, aut privilegii excusare, dixerit » neque filios, neque ætatem, aut ullum privilegium ad » muneris vel tutelæ excusationem prodesse, de jure » constituto pronunciasse intelligitur. Quod si de jure » suo probantem admiserit, sed idcirco contra eum sen- » tentiam dixerit, quod negaverit eum de ætate sua, » aut de numero liberorum probasse; de jure litigatoris » pronunciasse intelligitur. Quo casu appellatio neces- » saria est. »

Observez, dit Pothier (nº 871, éd. Tarlier, tome I, p. 261), que pour que le jugement soit nul, il faut qu'il ait expressément prononcé contre la loi; il faut qu'il ait jugé que la loi ne devait pas être observée. Mais s'il a seulement décidé que l'espèce qui était à juger n'était pas dans le cas de la loi, quoiqu'elle y fût, le jugement n'est pas censé impugner la loi; il n'est pas nul : il est seulement inique, et il ne peut en conséquence être réformé que par la voie de l'appel.

Ces principes sont à méditer, lorsqu'il s'agit de décider si un jugement peut être cassé.

(2) Loisel, *Institutes coutumières*, liv. 5, tit. 2, rég. 5. *Voyez* le *Répertoire*, vº *Nullité*, § 7, nº 4; vº *Appel*, sect. 2, § 5, p. 242 et 243 (éd. Tarlier, t. 1, p. 480), et les *Questions de droit* de Merlin, vº *Appel*, § 9.

(3) Rapporté dans le *Répert.*, vº *Appel*, sect. 2, § 5.

quérir, mais plutôt d'une prescription libératoire, ou, à proprement parler, d'une déchéance (c'est ainsi que l'appelle l'art. 444 du Code de procédure); 2° en ce que les voies de nullité n'ont point lieu de plein droit, et qu'elles doivent être prononcées par jugement: d'où il suit que, pour faire droit sur la nullité, il faut statuer d'abord que l'appel est recevable.

115. La maxime que les voies de nullité n'ont point lieu de plein droit, et qu'elles doivent être prononcées par un jugement, s'applique à toutes les espèces de nullités dont nous avons parlé; mais peuvent-elles être prononcées par les juges qui ont rendu le jugement (1), lorsqu'ils s'aperçoivent qu'il est nul?

Il faut d'abord distinguer entre les jugements interlocutoires et définitifs :

Les jugements interlocutoires de simple instruction peuvent être déclarés nuls, et être réformés par les juges mêmes qui les ont rendus (2), sur le simple exposé des moyens qui en fondent la nullité. On tient même pour maxime qu'en général les juges ne sont point liés par les jugements interlocutoires ou de simple instruction, et qu'ils peuvent n'y avoir aucun égard en définitive.

116. La loi 19, § 2, ff. *de recept. qui arbit. recep.*, 4, 8, décide formellement que les arbitres peuvent changer les jugements d'instruction qu'ils ont rendus, et sa disposition a été appliquée à tous les jugements interlocutoires par un usage général. Dans tous les temps, dans tous les pays, on a constamment tenu pour maxime qu'après avoir ordonné la preuve d'un fait qu'il croyait d'abord décisif, le juge, qui vient ensuite à reconnaître que ce fait est indifférent, peut prononcer contre la partie même qui en a fait la preuve. Cette maxime a été consacrée par plusieurs arrêts de la cour de cassation.

117. Cependant cette maxime n'est pas applicable aux jugements qui, par la force de la loi, décident tellement le fond, que le juge n'a plus rien à examiner en définitive, et que son ministère se réduit à déclarer la conséquence que la loi en fait sortir; par exemple, le jugement par lequel le serment est déféré d'office à une partie ne peut plus être changé par le juge qui l'a rendu, parce qu'une fois le serment prêté, la condamnation de la partie adverse en devient une suite nécessaire (3).

118. Il faut encore remarquer que la faculté laissée aux juges par la loi, de réformer ou d'annuler le jugement interlocutoire, n'ôte point aux plaideurs la voie de l'appel (4), et qu'alors le juge ne peut plus annuler sa procédure, dès qu'il y a un appel interjeté, parce que la cause est dévolue au juge supérieur.

119. A l'égard des jugements définitifs, il faut encore distinguer entre les jugements contradictoires et les jugements par défaut.

Si le jugement est rendu par défaut, la partie qui avait été appelée peut se pourvoir par la voie de la simple opposition, devant les mêmes juges, ou par appel devant les juges supérieurs, après que les délais de l'opposition sont passés (5).

120. Mais si le jugement est contradictoire, les juges qui l'ont rendu ne peuvent le réformer, car ils cessent d'être juges, du moment où leur sentence est prononcée: *Judex posteaquam semel sententiam dixit, postea judex esse desinit. Et hoc jure utimur, ut judex qui semel, vel pluris, vel minoris condemnavit, amplius corrigere sententiam suam non possit; semel enim male, seu bene officio functus est.* (Ulpien, l. 55, ff. *de re judic.*, 42, 1. *Junge* leg. 62, *ibid.*)

121. Sous l'ancienne législation, on avait introduit en Bretagne, au mépris de ces principes et des règles les plus solides de l'ordre judiciaire, une jurisprudence vicieuse, qui non-seulement permettait aux premiers juges, mais qui même ne permettait qu'à eux seuls de réformer les jugements définitifs qu'ils avaient rendus, faute à l'une des parties d'avoir prouvé sa demande, ou produit ses pièces au soutien; car quoique, par un autre abus qui n'a cessé que par la loi du 24 août 1790, il ne fût pas d'usage de motiver les jugements définitifs, lesquels, par cela même, étaient souvent obscurs comme des oracles, il arrivait néanmoins assez souvent que les juges, ne trouvant point de preuves suffisantes pour admettre ou rejeter soit une demande, soit une exception, énonçaient ce manque de preuve dans leur jugement en condamnant ou déboutant, *dans l'état, faute d'avoir prouvé, faute d'avoir produit telle pièce, quant à présent, etc*... C'est ce qu'on appelait en Bretagne des jugements *comminatoires* ou *en forme comminatoire;* dénomination impropre et même un peu barbare.

Ces formules et autres semblables supposaient ou annonçaient que si telle pièce avait été produite, telle preuve faite, l'affaire jugée dans

(1) *Quid* des sentences arbitrales? *Voyez le Répert.*, v° *Nullité*, n° 4, *in fine.*

(2) *Voy.* le *Répertoire*, v° *Jugement*, § 3, n° 3; Sirey, t. 7, 1re part., p. 455. Les *Questions de droit*, § 1.

(3) *Voy.* le *Répert.*, *ubi sup*, et Voet, *ad Pandectas*, lib. 41, tit. 1, n° 4.

« Non desunt tamen interlocutoriæ sententiæ, quæ » vim definitivæ habent, dum irreparabile damnum in- » fert earum executio, vel definitiva ex juris necessitate » eas sequi debet. Veluti si judex deferat actori vel reo » jusjurandum, tanquam in causa dubia, ut secundum » eum qui juravit judicetur. » (Arg. loi 31, ff. *de jurejurando.*)

(4) Et cela est conforme à la raison. Le jugement interlocutoire, par exemple, qui a ordonné une enquête, un rapport d'experts, est définitif sur la question, si cette voie était nécessaire ou non, quoique les juges puissent définitivement n'avoir point d'égard à l'enquête ou au rapport.

(5) *Voy.* art. 443 du Code de procédure, et art. 149 et suiv.

d'autres circonstances, le jugement ou l'arrêt eût été différent, et qu'il n'avait été rendu qu'en vertu de la règle : *Actore non probante, reus absolvi debet* (1).

En un mot, ces formules n'étaient pas autre chose que l'énonciation, au moins implicite, du motif qui avait déterminé le juge. Mais on en concluait, en Bretagne, que si, dans la suite, la partie repoussée par le premier jugement parvenait à se procurer la preuve ou à recouvrer la pièce qui lui avait manqué, elle pouvait, dans les trente ans requis pour faire concourir la péremption avec la prescription, revenir devant les mêmes juges, par une action qu'on appelait *en lief de comminatoire;* et qu'alors le premier jugement était censé non avenu, les parties remises au même état qu'elles étaient auparavant, et l'affaire soumise de nouveau à la décision des mêmes juges.

122. Il paraît que ce fut au commencement du dernier siècle que s'introduisit cette jurisprudence si contraire aux règles. Un magistrat zélé pour la pureté des principes en avertit le chancelier d'Aguesseau, qui lui répondit, le 27 mai 1732 (2), qu'il avait raison de s'opposer aux progrès d'une jurisprudence dont l'effet eût été d'effacer la différence essentielle, qui est et qui doit être, entre les arrêts interlocutoires et les arrêts définitifs ;

Qu'ordonner, avant faire droit, qu'une partie représentera le titre en vertu duquel elle se prétend héritière, donataire ou propriétaire, à quelque autre titre que ce soit, des biens qui font le sujet de la contestation, faute de quoi elle sera déclarée déchue de ses prétentions, c'est rendre un arrêt interlocutoire ;

Mais que la déclarer déchue ou non recevable, *faute par elle d'avoir rapporté son titre*, c'est prononcer un jugement définitif, pareil à ceux qui sont rendus sur une péremption d'instance, sur une ou sur d'autres fins de non-recevoir semblables, l'esprit et l'effet de ces sortes de jugements étant d'éteindre l'action ou le procès, et non pas d'ordonner une instruction préalable ;

Qu'ainsi le sort des parties étant une fois fixé par une décision absolue, il faut en conclure qu'il ne reste d'autre ressource à celui qui a succombé, que *celle de la requête civile*, pour attaquer, sous prétexte de pièces nouvellement recouvrées, l'arrêt qui l'a condamné, s'il est dans le cas où l'ordonnance permet de se servir de ce moyen pour faire rétracter les arrêts.

123. Cette réponse, pleine de sagesse et de raison, n'empêcha point le parlement de Bretagne de consacrer sa jurisprudence erronée par un arrêt du 13 juillet 1740, qui décida « que » lorsqu'un jugement ne déclare héritier pur et » simple *que faute d'avoir mis au procès les* » *pièces* qui établissent la qualité d'héritier bé» néficiaire, on ne peut pas en espérer la réfor» mation en produisant les pièces dans l'instance » d'appel ; et la sentence doit être confirmée, » *sauf à lever le comminatoire* dans la juridiction » où elle a été rendue (3). »

Ainsi, non-seulement celui qui avait été condamné faute de preuve pouvait, sans cause nouvelle, recommencer le procès devant les mêmes juges, pour lever ce qu'on appelait le *comminatoire*, seulement sous le prétexte de fournir la preuve qui lui avait manqué d'abord; mais encore il ne pouvait se pourvoir par appel, si le jugement était rendu en premier ressort, ni par la voie de la requête civile, si le jugement était rendu en dernier ressort, parce que la requête civile est une voie *extraordinaire*, qui ne peut être admise tant qu'il reste *une voie ordinaire*.

Ainsi tous ces jugements ou arrêts rendus en forme dite *comminatoire* ne pouvaient acquérir l'autorité de la chose jugée; et celui qui les avait obtenus demeurait, malgré lui, exposé à voir renouveler un procès déjà terminé par un jugement ou même par un arrêt, sans voir aucun moyen de sortir d'une incertitude qui ne cessait que par le temps nécessaire pour la prescription.

124. Cette jurisprudence vicieuse, frappée de réprobation, dès son principe, par le chancelier d'Aguesseau, fut également réprouvée depuis les lois nouvelles, par la cour de cassation. Le savant procureur général Merlin, portant la parole devant cette cour, le 28 juin 1808, dans l'affaire des héritiers de la dame de Boisroussel, qui s'étaient pourvus contre un arrêt de la cour de Rouen, demandait si c'était sérieusement qu'on avait dit devant la cour d'appel que l'on peut toujours, même sans requête civile, revenir contre un jugement en dernier ressort, en produisant le titre *dont l'absence a motivé la disposition.* Les lois les plus positives, répondait-il (4), déclarent formellement le contraire. *Sub specie novorum instrumentorum postea repertorum, res judicatas restaurari exemplo grave est*, dit la loi 4, C., *de re judicata*, 7, 52. Il cite encore la loi 35, ff. *eod. tit.*, 43, 1.

Enfin, dit-il, l'article 34 du tit. 35 de l'ordonnance de 1667 (consacré de nouveau par l'article 480, n° 10, du Code de procédure) fait taire absolument tous les doutes, lorsque, pour faire résulter *de pièces décisives nouvellement recouvrées* un moyen de requête civile, il exige que les pièces *aient été retenues par le fait de la partie.*

Il ajoute que des arrêts sans nombre ont proclamé le principe consacré par ces différentes

(1) *Voy.* t. 4 (VIII, éd. fr.), n° 40.

(2) Cette réponse est insérée dans le t. 10 de ses OEuvres, p. 573. (*Voy.* Merlin, v° *Succession ;* Carré, *Lois de procédure*, n° 1765.)

(3) *Voy.* le *Journal du parlement de Bretagne*, t. 3, chap. 50, p. 250.

(4) *Répert.*, v° *Succession*, p. 436 de la 3e édit. (édit. Tarlier, t. 32, p. 360).

lois, et qu'il serait aussi long qu'inutile de les citer tous. Il se borne à un seul, rendu le 20 janvier 1806, dans l'espèce suivante :

La dame Messenge soutenait que le pourvoi du sieur Vathaire, contre un arrêt rendu le 1er fructidor an VIII, par la cour de Paris, était non recevable, parce que le sieur Vathaire avait, prétendait-elle, acquiescé précédemment à cet arrêt; et pour le prouver, elle produisait différentes lettres qu'il lui avait écrites, mais qu'elle n'avait point fait enregistrer, et que, par cette raison, la cour ne pouvait prendre en considération. En conséquence, par arrêt du 25 thermidor an XII, la cour prononça en ces termes: « Considérant que les lettres dont on veut induire un » acquiescement de la part de Vathaire ne sont » point enregistrées, ce qui ne permet pas de se » livrer à leur examen, la cour rejette la fin de » non-recevoir proposée par Messenge et femme » contre Vathaire, et ordonne qu'il sera passé » outre à l'instruction et au jugement définitif de » la demande en cassation. »

La dame Messenge fit enregistrer les lettres sur lesquelles elle fondait la preuve de l'acquiescement du sieur Vathaire, et les reproduisant sous cette forme légale, elle vint demander, comme on disait en Bretagne, *à lever le comminatoire*, et conclut de nouveau à ce que Vathaire fût déclaré non recevable dans son recours.

Mais, observe Merlin, on ne peut pas se jouer ainsi de la chose jugée. La fin de non-recevoir était jugée définitivement; on ne pouvait pas la faire revivre par une production régulière, à la vérité, mais tardive : c'était le cas d'appliquer les lois qui décident que l'autorité de la chose jugée résiste même aux pièces décisives nouvellement recouvrées, qui n'ont pas été retenues par le fait de la partie. En conséquence, la fin de non-recevoir fut rejetée par arrêt du 20 janvier 1806, « attendu que la fin de non-recevoir, prise de » l'acquiescement que l'on fait résulter des lettres, a été rejetée d'une manière absolue par » l'arrêt du 25 thermidor an XII, et que l'admis» sion actuelle de cette fin de non-recevoir serait » inconciliable avec l'autorité de la chose jugée » à laquelle l'enregistrement ultérieur des lettres » n'a pu rien changer (1). »

125. Malgré les principes qui résistent si évidemment à la fausse doctrine des *comminatoires* prétendus, malgré les arrêts et les autorités qui la proscrivent, la cour de Rennes a longtemps persisté à suivre l'ancienne jurisprudence bretonne; mais enfin elle a fini par reconnaître les vrais principes, et par les établir dans un arrêt du 2 mars 1818, qui juge que si « les mots *en* » *l'état* pouvaient constituer un jugement commi» natoire, *titre que la loi nouvelle n'a point con*» *sacré*, cela n'obligerait point les parties de se » pourvoir au même tribunal en lief de commina» toire, procédure qui n'est commandée ni *auto*» *risée* par aucun texte du Code, lequel au » contraire indique la voie d'appel, pour tous les » cas, et pour toutes les espèces de jugements, » les seuls préparatoires exceptés, etc. (2).

Voilà les vrais principes et la vraie doctrine clairement exprimés et consacrés. Ce changement dans la jurisprudence de la cour royale de Rennes est dû à notre savant collègue et ami Carré, qui, le premier, signala la fausse doctrine des *comminatoires*, et la combattit avec force et solidité dans son analyse raisonnée des décisions et opinions sur le Code de procédure, question 1615. »

Le préjugé était tellement enraciné que, malgré le changement de jurisprudence de la cour royale de Rennes, on trouve encore des hommes instruits et de bonne foi qui restent attachés à la vieille erreur, et semblent la regretter comme plus conforme à l'*équité*; car c'est toujours ce fantôme respectable que l'on invoque pour attaquer la loi et pour s'en écarter. L'équité semble, en effet, exiger que l'autorité de la chose jugée, qui n'est qu'une présomption, cède à la preuve contraire, comme le dit fort bien le conseil d'État, et par conséquent à une pièce décisive recouvrée, quoique non retenue par le fait de la partie.

126. Aussi la jurisprudence constante est que, si la partie condamnée par un jugement, en dernier ressort, ou passé en force de chose jugée, a payé une somme et retrouvé la quittance du payement qu'elle a fait en tout ou en partie, elle peut, en la représentant, faire tomber la condamnation, par exception à la chose jugée (3), dont son adversaire voudrait poursuivre l'exécution.

Et même, après avoir satisfait à la condamnation, elle peut répéter ce qu'elle a payé, *condictione indebiti*, parce que cette exception ni cette répétition n'attaquent point la chose jugée; elles supposent même que la condamnation a été justement prononcée; la pièce représentée prouve

---

(1) *Voy.* encore ce que dit le même Merlin, vº *Requête civile*, p. 668 de la 5e édit. du *Répert.* (édit. Tarlier, t. 29, p. 159).

« Lorsque, dit-il, un jugement a déclaré un acte nul, » *faute à la partie qui en soutenait la validité* d'avoir » prouvé l'accomplissement *d'une formalité dont il de*» *vait être suivi*, cette partie peut-elle encore, en rap» portant la preuve de l'accomplissement de cette for» malité, demander, par action nouvelle, l'exécution du » même acte? Ne doit-elle pas, au contraire, être décla» rée non recevable, tant qu'elle n'attaquera pas le » jugement par requête civile, sur le fondement que la » preuve de l'accomplissement de la formalité a été dé» tournée par le fait de son adversaire? »

(2) Depuis que ceci est écrit, nous avons appris, et nous nous sommes assuré que la même cour, 3e chambre, a rendu un second arrêt conforme, le 22 janvier 1821.

(3) *Voy.* Rodier, sur l'art. 34 du tit. 35 de l'ordonnance de 1667, § 11

seulement que cette condamnation était exécutée d'avance. Or la bonne foi ne permet pas au créancier d'exiger deux fois la même chose, de recevoir ou de retenir ce qui lui aurait été payé une première fois.

Ceci s'applique également à la compensation qui peut être proposée après comme avant le jugement de condamnation (1). Il en est de même de tous les moyens d'éteindre les obligations qui tiennent lieu de payement, *qui vicem solutionis obtinent.*

127. Mais il faut faire sur cela une remarque importante : c'est que l'exception de payement, de compensation, etc., n'est plus recevable après le jugement en dernier ressort ou passé en force de chose jugée, lorsque cette exception a été proposée avant le jugement et rejetée. Dans ce cas, la partie condamnée rapporterait inutilement la quittance retrouvée après la condamnation. On ne doit plus l'écouter, parce qu'il est jugé non-seulement qu'elle est débitrice, mais encore qu'elle n'a pas payé; que la chose due n'était pas compensée, et que la chose jugée ne peut être détruite par des pièces nouvellement recouvrées, à moins qu'elles ne fussent retenues par le fait de la partie. C'est ce qu'enseigne Merlin (2), et cette doctrine est une conséquence nécessaire des principes sur la chose jugée.

128. Les lois qui défendent aux juges de rétracter et de corriger les jugements définitifs, après qu'ils les ont prononcés, et qui leur interdisent toute connaissance ultérieure de l'affaire qu'ils ont une fois jugée, sont depuis longtemps naturalisées en France, quoiqu'il n'y ait pas la même raison de le décider qu'à Rome; et depuis le XVe siècle, la jurisprudence de tous les parlements n'avait pas varié sur ce point (3). Le Code de procédure ne contient rien de contraire à cette ancienne jurisprudence, confirmée d'ailleurs par un arrêt de la cour de cassation, du 24 ventôse an XIII, rapporté dans le *Bulletin* de cette cour.

Voici l'espèce :

Le tribunal de commerce de Vire avait rendu, le 17 fructidor an XIII, un premier jugement par défaut, qui condamnait Laumonier, même par corps, de payer à Cahours une somme de 900 fr. Sur l'opposition de Laumonier, intervint, le 24 vendémiaire an XIV, un jugement qui annula celui du 17 fructidor précédent, et ordonna l'élargissement de Laumonier; mais ce jugement était *nul*, parce qu'un des juges n'avait pas entendu les plaidoiries; de sorte que Laumonier s'en désista, et amena Cahours à une audience extraordinaire, pour voir prononcer de nouveau sur les conclusions d'opposition qu'il avait précédemment prises.

Cahours s'opposa à ce que la cause fût jugée une seconde fois; il accepta le désistement, donné par Laumonier, du jugement du 24 vendémiaire, et soutint que celui du 17 fructidor devait reprendre son effet.

Par jugement du 26 vendémiaire, le tribunal donna acte à Laumonier de sa déclaration de ne point vouloir user du jugement du 24; il annula, au surplus, de nouveau le jugement du 17 fructidor, et ordonna l'élargissement de Laumonier.

Cahours déféra ce jugement à la censure, pour contravention aux lois citées. Laumonier le défendit, en disant que les parties avaient de nouveau comparu à l'audience, et que le tribunal n'avait pas réformé sa première décision, mais l'avait seulement régularisée par une autre tout à fait semblable.

Mais la cour de cassation, « vu les lois romaines, qui interdisent aux juges toute connaissance ultérieure de l'affaire qu'ils ont une fois jugée, notamment la loi 62, ff. *de re judicata*, et la loi 55, au même titre;

» Attendu que Cahours n'a comparu, le 26 vendémiaire, que pour accepter le désistement; et attendu que ce n'est que *par excès* de pouvoir, et par contravention aux lois ci-dessus indiquées, que les juges du tribunal de commerce de Vire ont connu une seconde fois d'une affaire dans laquelle ils avaient épuisé leur juridiction; la cour casse et annule. »

L'arrêt est du 24 ventôse an XIV, antérieur par conséquent au Code de procédure, qui abroge, art. 1041, *toutes lois, coutumes, usages et règlements relatifs à la procédure civile.* Néanmoins, les jugements et arrêts qui prononceraient aujourd'hui une seconde fois sur une affaire déjà jugée n'en seraient pas moins soumis à la censure; car, si la contravention aux lois romaines n'est plus, dans notre nouvelle législation, un moyen de cassation, il n'y en aurait pas moins *excès de pouvoir,* comme le porte l'arrêt cité, et ce vice donne ouverture au recours en cassation.

129. Mais cette règle, que les arrêts et jugements ne peuvent être rétractés, réformés ni corrigés, par les juges qui les ont rendus, s'applique-t-elle aux cas où le jugement n'est pas encore signé ni mis au greffe?

Les opinions sur ce point étaient partagées avant les nouvelles lois. Un arrêt du parlement de Bretagne, rendu le 7 mars 1577, rapporté par Dufail, liv. 1er, chap. 216, « enjoint aux

---

(1) *Voy.* t. 4, (VII, éd. fr.), no 388. « Eum qui convenitur compensationem sibi debitæ pecuniæ implorare, posse nemini dubium est. »

(2) *Voy.* le *Répert.*, vo *Succession*, sect. 1, § 2, art. 3, t. 12, p. 437 de la 3e édit. (édit. Tarlier, t. 32, p. 298); Faber, in Cod., *de exc. seu præsc. definit.*, 2; Voet, tit. 2, *de exc. rei judic.* Dalloz propose une distinction pour la solution de la question.

(3) *Voy.* le *Répert.*, vo *Jugement*, § 3, no 4.

» juges du ressort de faire prononcer, sans aucune remise, les sentences qu'ils arrêteront, » et icelles mettront au greffe, sans qu'ils puissent en empêcher la prononciation, ou donner » autres sentences, ou appointements contraires, sur peine de tous dépens, dommages et » intérêts des parties. »

Lebrun, au contraire, dans son *Procès civil*, liv. 1er, §§ 47 et 48, enseignait que, tant qu'une sentence n'est pas mise au greffe, elle peut être corrigée par le juge, pourvu que ce ne soit pas dans sa substance, mais seulement par rapport à des incidents.

Davot, dans ses *Traités de droit français*, tome 4, page 534, allait jusqu'à soutenir que le juge est maître absolu de sa sentence, tant qu'il ne l'a pas mise au greffe. Il se fondait sur un arrêt du parlement de Dijon. Suivant cette doctrine, un arrêt, un jugement, ne seraient considérés que comme des projets, tant qu'ils ne sont pas mis au greffe.

Mais elle ne peut plus être suivie aujourd'hui que, suivant nos lois nouvelles, tous les jugements doivent être prononcés à l'audience; ils acquièrent par là une publicité qui ne permet pas de rien changer à leurs dispositions, quelles qu'elles soient; et même, sous l'ancienne jurisprudence, Serpillon (*Code criminel*, pag. 1151) rapporte un arrêt du parlement de Dijon, du 20 mars 1728, qui ordonne « que l'officier qui » aurait présidé serait tenu de signer le plu» mitif à l'issue des audiences, ou au plus tard » dans le même jour, *sans pouvoir rien chan» ger de ce qui aurait été prononcé*, sauf seule» ment à corriger, lorsque le greffier n'aurait » pas rédigé les appointements et sentences, » comme ils auraient été prononcés. »

130. Mais que faut-il décider à l'égard des jugements qui ne sont pas encore prononcés publiquement, et qui ont seulement été arrêtés dans la chambre du conseil, à la suite d'un délibéré ordonné à l'audience?

Cette question et la précédente sont traitées avec beaucoup de solidité dans le *Répertoire*, v° *Jugement*, § 3, n° 4. Elle était jugée diversement avant la loi du 24 août 1790, qui, la première, assujettit à la publicité même les rapports des procès par écrit. Notre jurisprudence française n'était nullement fixée sur cette question; mais les motifs qui la faisaient ainsi vaciller n'existent plus, depuis que tous les jugements doivent être rendus à l'audience.

D'où venait l'incertitude de la jurisprudence, avant la loi du 24 août 1790? C'est parce qu'on n'était pas d'accord sur l'époque précise à laquelle un jugement, sur procès par écrit, était censé formé et parfait. Les uns voulaient que ce fût le moment de la signature, les autres soutenaient qu'on ne devait s'attacher qu'à la délibération. Il n'y avait pas de milieu à prendre entre ces deux partis; car alors les jugements sur procès par écrit ne se prononçaient pas à l'audience; ils passaient immédiatement de la chambre du conseil au greffe.

Aujourd'hui, tout jugement délibéré dans la chambre du conseil doit être prononcé à l'audience; il doit même l'être à l'instant qui suit celui où il a été délibéré; et si, dans la pratique, il ne l'est pas toujours aussitôt, la loi n'en suppose pas moins qu'il n'a été délibéré qu'immédiatement avant sa prononciation. C'est ce que fait entendre l'art. 116 du Code de procédure : « Les jugements seront rendus à la pluralité » des voix, et prononcés sur-le-champ; néan» moins, les juges pourront se retirer dans la » chambre du conseil pour y recueillir les avis; ils » pourront aussi continuer la cause à une des » prochaines audiences, pour prononcer le juge» ment. »

C'est parce que le jugement est censé ne pas exister avant sa prononciation, qu'il est nul si tous les juges qui avaient entendu les plaidoiries ne sont pas présents au moment de la prononciation, quoiqu'ils aient assisté au délibéré arrêté dans la chambre du conseil. C'est ce que la cour de cassation a décidé plusieurs fois.

Dès lors, il est clair que tant que le jugement n'a pas été prononcé, il est censé ne pas exister; et cette conséquence en amène une autre : c'est que tant qu'il n'est pas prononcé, il peut être changé.

Au reste, l'art. 138 du Code de procédure porte que « le président et le greffier signeront » la minute de chaque jugement aussitôt qu'il » sera rendu. Il sera fait mention, en marge de » la feuille d'audience, des juges et du procu» reur du roi qui y auront assisté. Cette men» tion sera également signée par le président et » le greffier. »

131. S'il se glissait quelque erreur dans la rédaction du jugement, elle ne pourrait être réformée que du consentement de tous les juges qui l'ont rendu, et, en cas de division entre eux, il faudrait suivre la règle générale, qui veut que la majorité fasse la loi à la minorité, et rédiger le jugement dans le sens que la majorité l'entendrait (1), sauf aux parties intéressées à l'attaquer par les voies de droit, s'il y avait lieu.

L'art. 541 du Code de procédure, conforme sur ce point à l'ordonnance de 1667 (2), porte :

---

(1) *Voy.* le *Répertoire*, v° *Jugement*, § 4. *Voyez* aussi ce que nous avons dit, t. 4 (VIII, éd. fr.), n° 129, sur la manière dont fut corrigée une erreur échappée dans la rédaction d'un arrêt de la cour de cassation. Cet exemple peut répandre beaucoup de jour sur la matière.

(2) Cependant, cette ordonnance donnait l'alternative, ou de former la demande en rectification d'erreurs devant les juges qui avaient rendu la sentence, ou d'interjeter appel, alternative que n'admet plus le Code de procédure. *Voyez* le *Traité et Questions de procédure civile* de notre savant collègue Carré, art. 541.

« Il ne sera procédé à la révision d'aucun » compte, sauf aux parties, s'il y a erreurs ou » omissions, faux ou doubles emplois, à en for- » mer leurs demandes devant les mêmes juges. »

152. De même que les arrêts des cours souveraines, dont on ne peut appeler, les jugements rendus par les tribunaux de première instance, sur les matières dont la connaissance leur appartient en dernier ressort, quand même ils auraient omis de les qualifier en dernier ressort, ou qu'ils les eussent qualifiés du premier ressort, ont, lorsqu'ils sont définitifs, une autorité de chose jugée stable et perpétuelle, aussitôt qu'ils ont été rendus, lorsqu'ils l'ont été contradictoirement. Les voies extraordinaires pour les attaquer, telles que la requête civile, le pourvoi en cassation, n'en suspendent point l'exécution; ils ont donc l'autorité de la chose jugée, jusqu'à ce qu'ils soient réformés ou annulés. La tierce opposition même ne suspend pas l'exécution du jugement contre la partie condamnée. (Art. 478 du Code de procédure.)

Mais si la partie condamnée par un tribunal de première instance interjetait un appel fondé sur ce que le jugement n'est pas rendu en dernier ressort, il ne pourrait être exécuté avant que l'appel fût jugé.

153. Quelques auteurs ont enseigné qu'il y a des exceptions à la règle que les nullités n'ont pas lieu de plein droit (1). Il est bien difficile de trouver des exemples de ces exceptions sous l'empire de notre législation nouvelle, pourvu, néanmoins, que le jugement ait les qualités constitutives d'un jugement proprement dit.

Il faut, par exemple, pour qu'un jugement soit valable, que la condamnation qu'il prononce soit déterminée, ou du moins que si elle est incertaine par sa teneur, elle se réfère à des actes, à des titres ou à des opérations qui enlèvent ou peuvent enlever l'incertitude. Ulpien, dans la loi 59, ff. *de re judicata*, 42, 1, s'explique sur ce point d'une manière très-positive : *In sententiis sufficiet, si expresserit judex summam in sententia, solvique jusserit, vel præstari, vel quo alio verbo hoc significaverit.*

Le § 1 ajoute : *Amplius est rescriptum, et si in sententia non sit summa adjecta, si tamen is qui petit, summam expresserit, et judex ait :* Solve quod petitum est : *vel* quantum petitum est, *valere sententiam.*

§ 2. *Qui sortis quidem condemnationem faciunt, de usuris ita pronunciant,* usuræ, si quæ competunt, *vel* quæ competunt, ut præstentur, *non recte pronunciant; debent enim de usuris quoque cognoscere, et certam facere condemnationem.*

Il faut remarquer, sur cette loi, que la condamnation de payer l'intérêt compétant, *usuræ quæ competunt*, n'avait point à Rome d'objet certain, parce que le taux de l'intérêt n'était déterminé par aucune loi : il dépendait de la convention; seulement, il ne pouvait excéder douze pour cent. Ainsi la condamnation de payer les intérêts demeurait incertaine, comme le dit Ulpien, si elle n'ajoutait pas le taux auquel ils seraient payés.

L'empereur Gordien répète, à cet égard, la décision d'Ulpien, dans la loi 3, C., *de sententia quæ sine certa quantitate profertur*, 7, 46 : *Hæc sententia, omnem debiti* quantitatem, cum usuris competentibus solve, *judicati actionem præstare non potest, cum apud judices ita demum sine certa quantitate facta condemnatio, auctoritate rei judicatæ censeatur, si parte aliqua actorum certa sit quantitas comprehensa.*

Cette loi suppose, comme la suivante, que le montant de la dette, *debiti quantitas*, était incertain : *Hæc sententia* quæ bona accepisti solve : *cum incertum esset quid accepisset, quantumque ab eo peteretur.*

Un pareil jugement ne passerait pas en force de chose jugée, et n'empêcherait pas la partie contre laquelle il aurait été rendu, de faire prononcer de nouveau sur la contestation (2). La loi en donne pour raison qu'une pareille condamnation ne peut être mise à exécution, ni produire d'action : *judicati actionem præstare non potest.*

La même loi nous indique que si l'incertitude de la condamnation peut être levée par la relation du jugement à l'un des actes de la procédure, *si parte aliqua actorum certa sit quantitas*, ou à un titre qui détermine le montant de cette condamnation, le jugement est valable; par exemple, la condamnation de payer la somme portée dans la demande : *solve quod petitum est, vel quantum petitum est valet sententia.* (L. 59, § 1, ff. *de re judic.*, 42, 1.)

Par exemple encore, si le jugement condamne à payer ce qui est contenu dans tel billet, tel testament, etc., *si judex aliquem sic condemnaverit*, ut quod habet ex testamento vel codicillis Mævii restitueret Titio, *sic accipiendum est quasi quantitatem nominavit, quæ testamento vel codicillis relicta est* (3). (L. 5, § 1, *eod. tit.*)

Par la même raison, un jugement n'est pas nul, s'il condamne une partie à des dommages-intérêts, ou à une indemnité à dire d'experts, quoique l'objet de cette condamnation ne soit pas liquide, car il deviendra liquide par l'estimation qu'en feront des experts. *Voy.* Pothier (4).

154. Les questions que peut faire naître l'incertitude d'une condamnation s'élèveront rarement sous notre législation nouvelle, qui contient des dispositions très-précises sur la manière de

(1) *Voy.* le *Répertoire*, v° *Nullité*, § 7, n° 5.
(2) *Ibid.*, v° *Jugement*, § 1, n° 10.
(3) *Junge* § 32, Inst., *de actionibus*, et *ibi* Vinnius.
(4) Édit. Tarlier, t. 1, n° 869, p. 261.

rédiger les jugements. L'article 15 du tit. V de la loi du 24 août 1790, sur l'organisation judiciaire, portait :

« La rédaction des jugements, tant sur l'appel qu'en première instance, contiendra quatre » parties distinctes : dans la première, les » noms et les qualités des parties seront énon- » cés; dans la seconde, les questions de fait et » de droit qui constituent le procès seront » posées avec précision ; dans la troisième, le » résultat des faits reconnus ou constatés par » l'instruction, et les motifs qui auront déter- » miné le jugement, seront exprimés; la qua- » trième enfin contiendra le dispositif du ju- » gement. »

Toute contravention à ces règles emportait nullité, suivant l'art. 2 de la loi du 4 germinal an II (1). Cette discussion faisait naître beaucoup de questions qu'il est inutile d'examiner aujourd'hui, puisqu'on ne les verra plus renaître sous l'empire du Code de procédure, qui a beaucoup modifié la loi du 24 août 1790; il porte, article 141 :

« La rédaction des jugements contiendra les » noms des juges, du *procureur du roi*, s'il a » été entendu, ainsi que celui des avoués; les » noms, professions et demeures des parties, » leurs conclusions, l'exposition sommaire des » points de fait et de droit, les motifs et le dis- » positif des jugements. »

155. Remarquons que cet article ne prononce plus, comme l'avait fait la loi du 4 germinal an II, la peine de nullité contre toute violation ou omission des règles prescrites par les lois antérieures pour la rédaction des jugements, et que, d'après la disposition générale de l'article 1030 du même Code de procédure, cette peine ne saurait être suppléée (2).

La loi du 20 avril 1810, sur l'organisation de l'ordre judiciaire, confirme cette dernière disposition. L'article 7 porte que « les arrêts des » cours souveraines, revêtus *des formes prescri-* » *tes à peine de nullité*, ne peuvent être cassés » que pour contravention expresse à la loi. »

Ainsi, principe général : Point de *nullité de forme* dans la rédaction des jugements, si la formalité omise n'est pas prescrite *à peine de nullité*.

156. Le même article énumère les formalités prescrites à peine de nullité, en ajoutant : « Les arrêts qui ne sont pas rendus par le nom- » bre de juges prescrit, ou qui ont été rendus par » des juges qui n'ont pas assisté à toutes les » audiences de la cause, ou qui n'ont pas été » rendus publiquement, ou qui ne contiennent » pas les motifs, sont déclarés nuls. »

Voilà donc les seules nullités de droit qu'on puisse invoquer aujourd'hui contre un jugement :

1° S'il n'a pas été rendu par un nombre de juges prescrit;

2° Si des juges qui n'ont pas assisté à toutes les audiences y ont concouru;

3° S'il n'a pas été rendu publiquement, c'est-à-dire prononcé à l'audience;

4° S'il ne contient pas les motifs.

157. Il est à remarquer que la loi du 20 avril 1810 ne parle ni de la position des questions de fait et de droit, ni de l'énonciation du résultat des faits reconnus ou constatés par l'instruction; et que l'article 141 du Code de procédure, dont la violation n'emporte pas la peine de nullité, se borne à dire que les jugements contiendront *l'exposition sommaire des points de fait et de droit*, au lieu d'astreindre les juges, comme les y astreignait la loi du 24 août 1790, à poser avec précision, dans la seconde partie du jugement, les questions de fait et de droit qui constituent le procès, et dans la troisième, le résultat des faits reconnus ou con-

---

(1) Cet article porte :

« A l'avenir, toute violation ou omission des règles » prescrites en matière civile par les décrets émanés » des représentants du peuple, depuis 1789, quand » même ils ne prononceraient pas expressément la peine » de nullité, donnera ouverture à cassation. »

(2) *Voy.*, au *Répertoire*, v° *Jugement*, § 2, n° 1, vers la fin, l'arrêt de la cour de cassation du 8 août 1808 : « Considérant que les articles cités du Code de procé- » dure (les art. 141 et 470) ne prononcent point la » peine de nullité pour les cas d'infractions à leurs dis- » positions. »

Enfin, la seconde chambre de la cour royale de Rennes a jugé, par arrêt du 6 janvier 1818, qu'un jugement qui énonçait les noms d'une partie seulement, en ajoutant *et autres*, qu'il ne dénommait pas, présentait bien une contravention aux art. 141 et 142 du Code de procédure, mais qu'il n'était pas nul, attendu que ces articles ne prononcent point de nullité des jugements qui ne sont pas conformes à leurs dispositions.

On a dit que l'art. 1030 du Code de procédure ne s'applique pas formellement aux jugements, mais aux exploits et *actes de procédure*, et qu'il est difficile de considérer un jugement comme *un acte de procédure*.

Cette objection, purement grammaticale, ne nous paraît pas fondée. Le jugement est le dernier acte de la procédure, celui qui termine la procédure et la discussion.

D'ailleurs, en admettant que l'art. 1030 ne puisse précisément s'appliquer aux jugements, l'art. 1041 du Code de procédure abroge toutes les lois, tous les règlements relatifs à la procédure civile, et par conséquent la loi ou décret du 4 germinal an II. Il reste donc toujours qu'aucune loi n'a prononcé de nullité contre l'infraction des dispositions de l'art. 141 du Code de procédure, pas même la loi du 20 avril 1810. Or, le principe général, confirmé par cette dernière loi, est que les nullités ne doivent pas être suppléées. Un jugement ne peut donc être annulé par cela seul qu'il contient quelques contraventions aux dispositions dudit art. 141, à moins que ces contraventions ne soient telles que l'acte présenté comme un jugement ne renferme pas ce qui est nécessaire pour constituer un jugement proprement dit. C'est une question abandonnée, par sa nature, à la prudence des juges.

Voy au surplus Carré, *Analyse des conférences sur le Code de procédure*, quest. 474; *Traité et Questions de procédure civile* du même auteur, n°s 816 et suiv.

statés par l'instruction : dispositions importantes, dictées par une profonde sagesse, et qui forçaient les juges à voter séparément sur chacune de ces questions, à éclaircir et résoudre les difficultés, les oppositions qui peuvent s'élever entre eux sur tous les points de fait et de droit, en un mot à se mettre bien d'accord sur les objets qu'ils ont à décider; ce qui n'est pas si simple ni aussi facile qu'on le pense.

138. Si, au lieu de démêler, dans les conclusions des parties, les points accordés des points contestés, et entre ces derniers les points de fait et de droit qui constituent véritablement le procès, les juges se bornent à considérer la cause en masse; si, au lieu de la décomposer en ses éléments, ils ne voient, ils n'examinent que cette seule question : *La demande est-elle fondée?* et s'ils se croient d'accord pour l'avoir résolue unanimement dans le même sens, ils sont exposés à se tromper. Pour peu que l'affaire soit compliquée, on peut affirmer avec probabilité que, loin d'être d'accord, chaque juge a vu et décidé un objet différent; que leur apparente unanimité cache une divergence réelle, et même qu'il est possible que le jugement soit rendu contre le vœu de la majorité (1).

139. Un jurisconsulte qui réunit à des connaissances profondes la philosophie du droit, l'habitude des affaires et de la pratique, Bellot, membre du conseil représentatif de Genève (2), le prouve démonstrativement par l'exemple suivant.

On demande la nullité d'un testament sur trois moyens : 1° le défaut de signature du testateur; 2° la qualité d'étranger de l'un des témoins; 3° l'incapacité du testateur, tirée de ce qu'il était soumis à la direction d'un conseil judiciaire.

Voyons quels sont les points accordés et les points contestés entre les parties. Elles sont d'accord sur le droit quant aux deux premiers moyens; elles reconnaissent que le défaut de signature du testateur, s'il a pu signer, et la circonstance d'un témoin étranger, entraînent la nullité du testament.

Elles diffèrent sur le fait : le demandeur soutient que le testateur a pu signer, et que l'un des témoins est étranger; le défendeur, que le testateur n'a pu signer, et que le témoin est regnicole.

Quant au troisième moyen, au contraire, les parties sont d'accord sur le fait : le testateur avait un conseil judiciaire; mais elles diffèrent sur le droit, sur la question de savoir si la loi accorde ou refuse la capacité de tester à celui qui est soumis à la direction d'un conseil judiciaire.

Quelles sont donc les questions élémentaires dans lesquelles se résout le procès, celles que les juges ont à décider?

Deux questions de fait : *Le testateur a-t-il pu signer? Tel témoin est-il étranger?*

Une question de droit : *L'individu soumis à la direction d'un conseil judiciaire est-il incapable de tester?*

La cause est portée devant un tribunal de première instance, composé de trois juges (art. 40 de la loi du 20 avril 1810).

Le premier juge admet l'affirmative de la première question; le second, de la deuxième; et le troisième, de la dernière. Chacun d'eux soutient la négative des deux autres.

Posez la question complexe : *Le testament est-il nul?* Soumettez-la aux votes, et comptez les suffrages. Le tribunal à l'unanimité prononcera la nullité.

Mais ce résultat est trompeur. Chaque juge a résolu une question différente. Chaque moyen n'a eu qu'un suffrage. Loin d'être d'accord, les juges sont donc partagés par les opinions les plus divergentes. Loin qu'il y ait unanimité, la minorité triomphera.

En voici la preuve. Posez les questions auxquelles nous avons vu que se réduit le procès; faites voter séparément sur chacune d'elles. Chaque question sera décidée négativement par la majorité de deux voix contre une. Les trois moyens de nullité seront écartés, et le testament déclaré valide.

Ce résultat, diamétralement opposé au précédent, est le seul exact, le seul vrai, puisqu'il réunit, sur chaque question élémentaire de la cause, une majorité évidente et réelle, sans possibilité de confusion et de méprise.

Il serait facile de multiplier les exemples, en combinant diversement le nombre des questions et celui des juges. L'exemple choisi suffit pour démontrer le danger des questions complexes et la sagesse des règles introduites par la loi du 24 août 1790. Quoique leur importance ait été méconnue par les rédacteurs de notre Code de procédure et par ceux de la loi du 20 avril 1810, les législateurs de Genève l'ont parfaitement sentie : ils les ont rappelées et consacrées dans la loi sur la procédure civile, pour le canton de Genève; ils les ont même perfectionnées, en ordonnant aux juges, non-seulement d'énoncer le résultat des points accordés et des points con-

(1) Par arrêt du 2 juin 1820, la cour de Bruxelles a décidé que le non-position du point de droit ou de fait n'annule pas le jugement. (*Pasicrisie belge* à cette date.)

(2) Dans l'exposé des motifs de la loi sur la procédure civile pour le canton de Genève, p. 72 et 216, imprimé en 1821 à Genève, chez Paschoud, et à Paris, même maison de commerce, rue de Seine, n° 48.

Il faut exposer l'exemple d'une autre matière; cette démonstration n'est pas due à Bellot de Genève, comme le croit Toullier, mais à Duport, de l'assemblée constituante, qui lui-même avait consulté Condorcet. Voyez *Choix de rapports*, etc. ; *Rapport de Duport sur l'organisation judiciaire*, t. 3, p. 255.

testés entre les parties, et de poser les questions de fait et de droit, mais encore de ne passer aux questions de droit qu'après avoir décidé les questions de fait; ce qui est en effet conforme à la raison, puisqu'un jugement n'est pas autre chose que l'application de la loi à un fait, et qu'il ne peut y avoir d'application juste, tant que le fait n'est pas déterminé, soit par les parties elles-mêmes, si elles sont d'accord sur le fait; soit, à défaut des parties, par les jurés ou juges du fait, sous les législations qui les admettent, comme en Angleterre; soit enfin par les juges ordinaires, sous les législations où, comme en France, les fonctions de juges du fait, et celles de juges du droit, sont confondues et cumulées en matière civile.

140. Le Code de procédure et la loi du 20 avril 1810 n'empêchent pas les juges de suivre encore les règles sages prescrites par la loi du 24 août 1790, quoique leur inobservation n'emporte plus la peine de nullité. C'est même pour eux un devoir rigoureux de ne point s'en écarter dans les cas où l'oubli de ces règles pourrait, au moyen des questions complexes, conduire, sans y penser, à un résultat contraire au vœu de la majorité.

Nous sommes loin de penser qu'un pareil scandale soit fréquemment arrivé; mais il est démontré possible, et cette seule possibilité suffit pour rester religieusement attaché aux règles établies pour le prévenir, et pour s'en tenir à la salutaire nécessité de poser avec précision les questions de fait et de droit, de voter séparément et successivement sur les unes et les autres.

141. La rédaction des jugements, en ce qui concerne les noms, professions et demeures des parties, leurs conclusions et les points de fait et de droit, est faite, suivant le Code de procédure, sur les qualités que les parties se signifient respectivement, d'après l'art. 142, qui porte :

« La rédaction (des jugements) sera faite sur
» les qualités signifiées entre les parties; en
» conséquence, celle qui voudra lever un juge-
» ment contradictoire sera tenue de signifier à
» l'avoué de son adversaire les qualités conte-
» nant les noms, professions et demeures des
» parties, les conclusions et les points de fait et
» de droit. »

Ces qualités, rédigées par un avoué, doivent être laissées pendant vingt-quatre heures entre les mains des huissiers audienciers. (Art. 143.) L'avoué qui veut s'opposer soit aux qualités, soit à l'exposé des points de fait et de droit, le déclare à l'huissier (art. 144); et pour régler les parties sur cette opposition, il faut recourir au président. (Art. 144.)

Cependant, le même Code veut que les jugements contiennent *les noms, professions et demeures des parties, leurs conclusions, l'exposition sommaire des points de fait et de droit*, les motifs et le dispositif (art. 141); que la minute du jugement soit signée par le président et le greffier, *aussitôt qu'ils sont rendus* (art. 138); enfin, que les jugements soient prononcés à l'audience *sur-le-champ*. (Art. 116.)

Comment donc se peut-il que les qualités qui, suivant l'article 142, contiennent la désignation et les noms des parties, les points de fait et de droit (déjà jugés), les conclusions (sur lesquelles le jugement a prononcé), ne soient néanmoins rédigées qu'après le jugement rendu, prononcé, signé du président et du greffier, et qu'il faille un nouveau procès pour régler tout cela?

142. Le vice de ces dispositions incohérentes, pour ne rien dire de plus, fut signalé par plusieurs cours; celle de Rennes était du nombre. La raison ne fut point écoutée, et rien ne fut changé.

L'absurdité de ce système a été sentie par les étrangers, qui ont trouvé les dispositions du Code de procédure, en ce point, inutiles, dangereuses, souvent inexécutables, toujours onéreuses par les frais qu'elles entraînent. Les législateurs genevois les ont corrigées dans leur nouvelle loi sur la procédure; ils ont distingué, dans la rédaction des jugements, deux parties : l'une, qui est l'œuvre des plaideurs, de leurs avoués ou avocats, comprend les qualités des parties et leurs conclusions, telles qu'ils les ont fait signifier avant le jugement; l'autre, qui est l'œuvre des juges, embrasse les questions de fait et de droit, posées et résolues par eux, les motifs de leur décision et le dispositif (1).

Faisons des vœux pour qu'après avoir porté la lumière chez nos voisins, nous soyons assez sages pour corriger, à leur exemple, les vices de notre législation!

143. Après avoir vu quelle est la nature de la présomption que la loi attache à la chose jugée, quelle est son autorité et quels sont les jugements qui ont ou n'ont pas cette autorité, il faut voir quelles sont les conditions exigées par la loi pour qu'il y ait lieu à l'autorité de la chose jugée; car, en établissant en sa faveur une présomption légale de vérité, le législateur n'a pas voulu donner au magistrat le pouvoir de déterminer arbitrairement les cas où doit exister cette présomption si souvent trompeuse, à laquelle néanmoins la loi attribue tant de force; il a voulu qu'elle n'existât que par le concours simultané de plusieurs conditions. Le défaut d'une seule fait évanouir la présomption, ou plutôt l'empêche de naître. Le magistrat ne pourrait donc l'admettre sans violer la loi.

Son devoir l'oblige alors de repousser l'exception de la chose jugée, pour exiger de celui qui l'invoque d'autres preuves suffisantes, sans quoi sa demande doit être rejetée.

---

(1) *Voyez* l'exposé des motifs de la loi sur la procédure civile pour le canton de Genève, par Bellot, p. 78 et suiv.

« L'autorité de la chose jugée, dit l'art. 1351, » n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du » jugement. Il faut que la chose demandée soit » la même; que la demande soit fondée sur la » même cause; que la demande soit entre les » mêmes parties, et formée par elles et contre » elles, en la même qualité. »

Ainsi, pour donner lieu à l'autorité de la chose jugée, cet article exige le concours de quatre conditions :

1° Identité de la chose demandée;

2° Identité de la cause sur laquelle la demande est fondée;

3° Identité des personnes ou des parties entre lesquelles la demande est formée;

4° Enfin, identité de qualités dans les personnes par qui ou contre qui la demande est formée.

Ces dispositions, tirées du droit romain (1), et adoptées depuis longtemps en France, sont fondées sur ce droit immuable, qui est le même dans tous les temps et chez tous les peuples civilisés : sur la raison; elles ne sont que des conséquences nécessaires de la nature des choses, et cependant elles ont fait, et font encore naître des difficultés assez nombreuses, quelquefois même très-sérieuses, sur leur application.

144. Quant à l'identité de la chose, il est évident qu'il n'y a point de *chose jugée* à opposer à la seconde demande, si l'objet en est différent, s'il n'est plus le même que celui de la première, puisque le magistrat n'avait entendu juger, comme les parties n'avaient entendu soumettre à sa décision, que l'objet de la première demande, et non celui de la seconde, *quæ non est deducta in judicium..., quia neque litigatores, neque judex de alio quam de argento actum intelligant.* (L. 21, ff. *de except. rei judic.*, 44, 2.)

Il faut, suivant les jurisconsultes romains, que ce soit le même corps, la même quantité, s'il s'agit de choses corporelles; le même droit, s'il s'agit de choses incorporelles: *idem corpus, quantitas eadem, idem jus.*

145. Les changements survenus dans le corps qui faisait l'objet de la première demande n'empêchent pas qu'il ne soit censé le même dans la seconde, quoiqu'il ait reçu des augmentations ou éprouvé des diminutions; par exemple, un troupeau, dont le nombre a augmenté ou diminué, fût-il réduit à une seule bête, n'en est pas moins le même corps dans la seconde action, relativement à la chose jugée par le premier jugement (2).

146. Il est encore censé que l'objet de la seconde action est le même que celui de la première, si, après avoir demandé un tout par celle-ci, je demande par la seconde une chose qui faisait partie de ce tout; par exemple, si, après avoir demandé le troupeau entier, je demande spécialement une seule des bêtes qui le composent (3); si, après avoir demandé un fonds, je demande les arbres coupés sur ce fonds; si, après avoir demandé une maison, qui depuis a été détruite, j'en demande l'emplacement, *aream* (4), les matériaux, etc.

C'est même un principe général que toutes les fois qu'on demande, par une seconde action, quelque partie d'un tout qu'on avait demandé par une première, la chose demandée est censée la même, soit qu'il s'agisse d'un corps certain, d'une quantité ou d'un droit incorporel. Dans tous ces cas, il y a lieu à l'exception de la chose jugée.

147. Les jurisconsultes romains ont érigé en règle de droit la maxime de logique: *In toto et pars continetur* (L. 113, ff. *de reg. jur.*) (5), et ils en suivent les conséquences indistinctement, soit qu'il s'agisse d'un corps, d'une quantité ou d'un droit. En effet, il y a réellement chose jugée, lorsqu'on demande par une seconde action, mais sur la même cause, une partie du tout que l'on avait demandé par une première action qui a été rejetée.

Par exemple, j'ai d'abord demandé le fonds Cornélien; j'en demande ensuite une partie déterminée ou même indivise: la seconde demande est repoussée par l'exception, parce qu'elle était implicitement contenue dans la première, déjà irrévocablement jugée.

---

(1) « Cum quæritur, hæc exceptio noceat, necne, in» spiciendum est an idem corpus sit. » (L. 12, ff. *de except. rei judic.*, 44, 2.)

« Quantitas eadem, idem jus. (L. 13, *ibid.*)

« Et an eadem causa petendi, et eadem conditio per» sonarum, quæ nisi omnia concurrunt, alia res est. » (L. 14, *ibid.*)

Voyez aussi la loi 27, *ibid.*

« Cum de hoc, an eadem res, quæritur, hæc spectanda » sunt : personæ; id ipsum de quo agitur; causa proxima » actionis. »

(2) « Si petiero gregem, et victus fuero, et vel aucto, » vel minuto numero gregis, iterum eumdem gregem » petam : obstabit mihi exceptio. »

Un arrêt qui rejette un déclinatoire proposé sur une demande en payement d'une telle somme, consacre la chose jugée à l'égard d'une demande nouvelle de deux sommes dans laquelle la première est comprise. Arrêt de la cour de Liége, du 30 juin 1823. Dalloz, *Jurisprudence du* XIX[e] *siècle* (éd. Tarlier, t. 4. p. 178).

(3) « Sed et si speciale corpus ex grege petam, si » adfuit in eo grege, puto obstaturam exceptionem. » (L. 21, § 1, *ibid.*)

(4) « Si quis petierit fundum, mox arbores excisas ex » eo fundo petat, aut insulam petierit; deinde aream, » vel tigna, vel lapides. Item si navem petiero, postea » singulas tabulas vindicem. » (L. 7, *vers. item si*, ff. *de except. rei judic.*, 44, 2.)

(5) C'est ce qu'enseigne Ulpien :

« Si quis cum totum petiisset, partem petat, exceptio » rei judicatæ nocet; nam pars in toto est. Eadem enim » res accipitur, et si pars petatur ejus, quod totum pe» titum est; nec interest utrum in corpore hoc quæratur, » an in quantitate, vel in jure. » (L. 7, ff. *de except. rei judic.*, 44, 2.)

J'ai échoué dans la demande de la propriété d'un fonds; j'en demande l'usufruit par une seconde action, fondée sur la même cause. Je suis repoussé par l'exception de la chose jugée. Ma seconde demande était renfermée dans la première; car l'usufruit est une partie du fonds. (L. 4, ff. *de usuf.*, 7, 1.)

148. Ma première demande d'une somme de 20,000 francs a été rejetée. Je prétends m'être trompé; j'en demande seulement 10,000, par une nouvelle action, fondée sur les mêmes causes. Cette dernière demande est renfermée dans la première : *Manifestissimum est viginti et decem inesse.* (L. 1, § 4, ff. *de verb. oblig.*, 45, 1.) En demandant 20,000 francs, je demande chaque franc, chaque unité dont cette somme est composée.

149. Après avoir demandé le droit de passer sur le fonds Cornélien avec chevaux et bêtes de somme, *actum*, ou même celui de passer à toute occurrence, *viam*, je me borne, par une seconde action, à demander le passage à pied, *iter*. Mais ce droit est renfermé dans celui de passer avec chevaux et bêtes de somme, *actum*, et ce dernier dans celui de passer à toute occurrence, *via*. *Qui actum habet, et iter habet, etiam sine jumento. Via... iter et actum in se continet.* (L. 1, ff. *de servit. præd. rust.*, 8, 3.)

Dans tous ces cas, la seconde demande est repoussée par l'exception de la chose jugée, parce qu'elle était contenue dans la première, comme la partie dans le tout.

150. Pour bien appliquer cette règle, il faut voir si la première demande ne contient qu'un seul corps, ou si elle en contient plusieurs.

Si elle en contient plusieurs, par exemple, si j'ai demandé deux chevaux, tel et tel cheval, deux champs, le champ A et le champ B; après cette demande collective rejetée, je n'en puis former une seconde individuelle de l'un des chevaux, de l'un des champs. *Idem erit probandum, si duo corpora fuerint petita, mox alterutrum corpus petatur; nam nocebit exceptio* (1). (L. 7, § 2, ff. *de except. rei jud.*, 44, 2.)

151. Si la première demande n'est que d'un seul corps, tout ce qui en faisait partie au moment de la demande, quand même il en serait séparé lors de la seconde; tout ce qui en est provenu, comme les fruits, les arbres coupés, le croît des animaux, les enfants mis au monde par une esclave, tous les accessoires, tout ce qui en dépend par accession, alluvion ou autrement, est censé avoir été compris dans la première demande.

Il s'était élevé du doute sur la question de savoir si l'on pouvait, sans craindre l'exception de la chose jugée, demander, par une seconde action, l'enfant qui n'était pas conçu, les fruits qui n'existaient pas encore lors de la première action, dont l'objet était la revendication de l'esclave mère de l'enfant, ou de la chose qui a produit les fruits. En effet, comment des choses qui n'étaient pas encore *in rebus humanis* pouvaient-elles être censées comprises dans la première demande, comme la partie dans le tout?

Ulpien répond qu'il n'en est pas moins vrai que ces fruits sont provenus de la chose demandée par la première action : *sed ex ea re sunt quæ petita est ;* et que, par conséquent, l'exception doit être admise : *Magisque est ut ista exceptio non* (2) *noceat.* (L. 7, § 3, ff. *de except. rei jud.*, 44, 2.)

152. Mais le même Ulpien n'étend pas cette décision aux pierres et autres matériaux provenus d'un édifice détruit depuis la première action, parce que ces matériaux pouvaient appartenir au demandeur à un autre titre que comme faisant partie de l'edifice : *Sed in cæmentis et tignis diversum est; nam is qui insulam petit, si cæmenta vel tigna, vel quid aliud suum petat, in ea conditione est ut videatur aliud petere. Etenim, cujus insula est, non utique et cæmenta sunt. Denique ea quæ juncta sunt ædibus alienis, separata dominus vindicare potest.* (Ead. lege, § 2.)

Cette décision d'Ulpien est donc fondée sur ce que les fruits de la chose appartiennent nécessairement au propriétaire, et qu'au contraire, les matériaux de l'édifice n'appartiennent pas nécessairement au propriétaire de l'édifice (3).

Par les exemples que nous venons de donner, on voit comment les jurisconsultes romains, qui créèrent la science du droit, suivaient pour appliquer l'exception de la chose jugée, la maxime de raison que *la partie est contenue dans le tout.*

153. Par la raison des contraires, il semble qu'il faut dire que l'on peut, sans craindre l'exception de la chose jugée, demander, par une seconde action, le tout dont on avait demandé quelque partie par une première, parce que le tout n'est point contenu dans la partie.

On ne trouve point, à la vérité, cette règle formellement énoncée, comme la première, dans le droit romain; mais on en trouve l'application faite aux cas qui se sont présentés.

Un droit de servitude foncière, par exemple, est un démembrement de la propriété: c'en est une partie, comme nous l'avons vu dans le t. 2 (III, éd. fr.) de cet ouvrage. Or, il est certain, en droit romain, qu'après avoir échoué dans la de-

---

(1) Ainsi le jugement qui rejette la demande d'une servitude ne s'oppose pas à la revendication de l'immeuble. (L. 17, ff. *de exc. et præscr.*)

(2) Il y a ici une négation qu'il faut retrancher; comme l'observe très-bien Godefroi, sur cette loi. *Voyez* aussi la note de Pothier, sur le titre du Digeste *de except. rei judic.*, nº 8.

(3) *Voy.* le titre du Digeste *de tigno juncto*, 47, 3 ; Bouchaud, *Commentaire sur la loi des Douze Tables*, liv. 6, de la 6e table.

mande d'un droit de servitude sur le fonds Titien, j'en puis demander la propriété par une seconde action. Pourquoi cela? Parce que le droit de propriété n'étant point contenu dans le droit de servitude, qui n'en est qu'une partie ou un démembrement, il est évident que la question de propriété n'a été ni pu être implicitement décidée par le premier jugement, qui n'a prononcé que sur le droit de servitude. Ce sont deux choses, deux questions différentes : *Si ante viam, deinde fundum Titianum petat, quia et diversa corpora sunt, et causæ restitutionum dispares, non nocebit exceptio.* (L. 17, *de exception. et præscript.*, 44, 1).

Cette décision, fondée sur la raison, doit être suivie en droit français.

Le droit de passer à pied, *iter*, est contenu dans celui de passer avec des bêtes de somme, *actus. Qui actum habet, et iter habet, etiam sine jumento.* (L. 1, ff. *de servit. præd. rust.*, 8, 3.) Mais le droit de passer avec des bêtes de somme n'est point contenu dans le droit de passer de pied. On peut donc, après avoir échoué dans le droit de passer à pied, demander, par une seconde action, le droit de passer avec des bêtes de somme : *Si quis iter petierit, deinde actum petat, puto fortius defendendum, aliud videri tunc petitum, aliud nunc : atque ideo exceptionem rei judicatæ cessare* (L. 11, § 6, ff. *de except. rei judic.*, 44, 2).

Cette décision est adoptée par Pothier.

Après avoir demandé la propriété du fonds Cornélien, j'en demande l'usufruit par une seconde action, fondée sur la même cause. Elle doit être repoussée par l'exception de la chose jugée. (L. 21, § 3, *ibid.*) L'usufruit est une partie de la propriété. (L. 4, ff. *de usuf.*, 7, 1.) Je demande donc, par la seconde action, une chose que j'avais demandée par la première.

Mais après avoir échoué dans la demande de l'usufruit, je revendique la propriété par une seconde action. Celle-ci n'est point contenue dans la première, parce que la propriété n'est point contenue dans l'usufruit. La question de propriété n'a donc point été décidée par le premier jugement; ainsi point d'exception de la chose jugée contre la seconde demande.

154. Il est pourtant vrai que l'usufruit ou le droit de jouir, demandé par la première action, faisant partie de la propriété, je paraîtrai, si elle m'est adjugée, avoir, par le second jugement, quelque chose que me refusait le premier. Mais remarquez bien que ce ne sera plus au même titre : je ne l'aurai point comme objet de ma seconde demande, qui n'en parle point, ou en vertu de la disposition du second jugement, qui n'en parle pas davantage; mais seulement comme accessoire de l'objet principal et unique de ma seconde demande : ce qui fait que la chose demandée par la seconde action n'est plus la même; que l'objet du second jugement est différent de l'objet du premier.

Je vous avais demandé d'abord l'usufruit du fonds Cornélien. C'était bien le droit d'en jouir que je demandais; mais c'était à titre de servitude personnelle, puisque je ne demandais pas la propriété. Je vous demande ensuite le fonds Cornélien. Il est bien évident que ma seconde demande n'a plus le même objet que la première : *potest dici alia esse.* Si elle est accueillie par le second jugement, j'aurai bien le droit de jouir du fonds Cornélien; mais ce droit ne sera pas une servitude; il ne sera que l'exercice de mon droit de propriété. Vous ne pouvez, pour m'en empêcher, invoquer le jugement qui a rejeté ma première demande, puisque ce jugement ne vous accorde rien à vous-même. Le second m'adjuge la propriété : donc j'ai le droit de jouir. Où est votre titre pour m'enlever ce droit?

Éclaircissons ceci par un passage de Pomponius.

Il commence par dire, comme nous l'avons dit après lui, qu'après avoir demandé la propriété on ne peut demander l'usufruit (1). Mais, ajoute-t-il, si, ayant d'abord échoué dans la demande de l'usufruit, et ensuite acquis la propriété, je demande une seconde fois l'usufruit, on peut dire que ce n'est plus la même chose que j'avais demandée d'abord; car l'acquisition de la propriété a fait cesser le premier usufruit, et m'en a conféré un autre qui m'appartient à un nouveau titre, par droit de propriété (2).

155. Ce raisonnement est également applicable à un corps physique. J'ai échoué dans la demande du champ A, l'une des dépendances du domaine Cornélien. Je vous demande, par une seconde action, le domaine entier et ses dépendances. Si ma demande est accueillie, j'aurai sans doute le champ A. Vous ne pouvez le retenir en vertu du jugement qui rejeta la demande particulière que j'en faisais; car ce jugement ne vous en attribue pas la propriété : il rejette seulement ma demande particulière. Ce champ m'appartient aujourd'hui à un autre titre, comme dépendance du domaine Cornélien, qui m'est adjugé en entier contre vous.

Ces exemples font voir que si, par une juste conséquence de la maxime : « La partie est conte-

(1) « Si fundum meum esse petiero, deinde postea » usumfructum ejusdem fundi petam, qui ex illa causa » ex qua fundus meus erat, meus sit : exceptio mihi » obstabit. Quia qui fundum habet, usumfructum suum » vindicare non potest. » (L. 21, § 3, ff. *de except. rei judic.*, 44, 2.)

(2) « Sed si usumfructum, cum meus esset, vindi» cavi, deinde proprietatem nactus, iterum de usufructu » experiar : potest dici alia res esse. Quoniam, postquam » nactus sum proprietatem fundi, desinit meus esse » prior ususfructus, et jure proprietatis, quasi ex nova » causa, rursus meus esse cœpit. » (*Ibid.*)

nue dans le tout, » on oppose l'exception de la chose jugée aux demandes qui ont pour objet quelque partie du tout qui était l'objet d'une première action, cette exception ne peut être opposée à celui qui demande, par une seconde action, un tout dont quelque partie était l'objet de la première, parce que, si la partie est contenue dans le tout, le tout n'est pas contenu dans la partie.

156. Voici encore un exemple de l'application de cette dernière maxime :

La propriété renferme essentiellement le droit de posséder (1); mais le droit de possession ne renferme pas le droit de propriété; il le fait seulement présumer. J'ai, par une première action, demandé la possession du fonds Cornélien; je puis en réclamer la propriété par une seconde : *Si quis interdicto egerit de possessione, postea in rem agens non repellitur per exceptionem, quoniam in interdicto possessio, in actione proprietas vertitur.* (L. 14, § 3, ff. *de except. rei judic.*, 44, 2.)

C'est aussi l'une de nos plus anciennes maximes, en droit français, qu'après avoir échoué dans l'action possessoire, on peut former l'action pétitoire, parce que la seconde n'est point renfermée dans la première. Cette maxime a été de nouveau consacrée par un arrêt de rejet, rendu par la cour de cassation, le 17 février 1809, par la considération « qu'un arrêt rendu au pé- » titoire ne saurait violer l'autorité de la chose » irrévocablement jugée par des sentences qui » n'ont prononcé que sur le possessoire, » parce qu'en effet, la question de propriété n'est et ne peut être jugée par des sentences qui ne prononcent que sur le possessoire.

Ainsi donc, règle générale : L'exception de la la chose jugée ne peut être opposée à la demande d'un tout, dont quelque partie était l'objet d'une première demande rejetée par un premier jugement.

157. Il peut se rencontrer des exceptions à cette règle; quelle est la règle qui n'en a point? Mais, lorsqu'il s'agit d'appliquer l'exception de la chose jugée, les jurisconsultes les plus instruits posent en principe que, s'il y a du doute, s'il existe quelque raison plausible de dire que les choses ou les personnes ne sont pas les mêmes, les juges doivent rejeter (2) l'exception de chose jugée, dont l'autorité n'est fondée que sur une vérité fictive et présumée, trop souvent trompeuse.

158. Le doute cesse, si la nouvelle demande est fondée sur une autre cause que la première. L'exception de la chose jugée ne peut alors être opposée quoique l'objet des deux demandes soit le même, et qu'il s'agisse du même corps, quoique la contestation soit entre les mêmes personnes; car, il est alors évident que la question jugée et la question à juger sont différentes. On peut dire, suivant Pomponius (3), que la chose elle-même est différente : *Potest dici alia res esse.*

Après avoir succombé dans la demande d'un usufruit que je prétendais m'appartenir à titre de servitude, j'ai acquis le fonds : je puis demander l'usufruit, qui fait partie de la propriété, et en vertu de mon droit de propriété. Cet usufruit n'est plus la même chose que la servitude que je demandais d'abord. Voyez *supra*, n° 147.

Nous avons vu qu'après avoir échoué dans la demande de la propriété d'un fonds, on n'en peut demander l'usufruit par une seconde action fondée sur la même cause. On le peut, si la cause est différente. Deux époux se font mutuellement don, par leur contrat de mariage, de l'usufruit de moitié de leurs biens. Pendant le mariage, ils se lèguent cette même moitié de biens en pleine propriété. L'époux survivant peut demander l'usufruit de la moitié des biens du prédécédé, en vertu du don contenu dans son contrat de mariage, quoiqu'il ait échoué dans sa demande de propriété de la même moitié, et *vice versa*. La cause n'étant plus la même, on ne peut lui opposer l'exception de la chose jugée (4).

159. Je vous ai demandé le fonds Cornélien sur le fondement que Titius me l'avait vendu. Un premier jugement a rejeté ma demande et annulé le contrat. J'en forme une seconde, fondée sur ce que votre père m'a légué le même fonds par son testament. La validité de ce legs n'a pas été jugée ni préjugée par le premier jugement; car elle n'avait pas été soumise à la décision du magistrat.

Le fonds Sempronien m'avait été légué par Titius, mais sous condition (5). En attendant, je l'achète d'une autre personne que l'héritier auquel j'en fais la demande en vertu de mon contrat, parce que je le trouve en possession. Ma demande est rejetée. La condition sous laquelle le même fonds m'avait été légué vient à s'accomplir. Je forme une nouvelle action, fondée sur le legs que m'a fait Titius.

La chose demandée est la même, les personnes sont les mêmes : cependant il n'y a pas lieu à l'exception de la chose jugée. La question que je présente à juger est très-différente de la pre-

(1) *Voy.* t. 2 (IV, éd. fr.), n° 79.

(2) Voet, sur le titre du Digeste, *de except. rei judic.*, n° 7.

« Quod si alioquin sana ratione dici queat, res aut » personas non esse easdem, judices non debent, nec » quæ solent esse difficiles in rejicienda exceptione rei » judicatæ. »

(3) L. 21, § 3, *in fine*, ff. *de except. rei judicat.*, 44, 2.

(4) Ainsi décidé par arrêt de la cour de cassation, du 21 vendémiaire an XI (Sirey, t. 3, 2e part., p. 586.)

(5) L. 11, § 4, *in fine*, ff. *de except. rei judicat.*, 44, 2.

mière. S'il a été jugé que je n'étais pas propriétaire du fonds Sempronien en vertu de mon contrat, il n'a été ni pu être jugé, ni préjugé, que je ne le suis pas devenu par l'effet du legs et de l'accomplissement de la condition. Cette question n'a pas même été portée en jugement.

La règle générale est donc que l'exception de la chose jugée ne peut jamais être opposée à la seconde demande, si elle n'est pas fondée *sur la même cause* que la première, quoique d'ailleurs l'objet des deux demandes soit le même, et que la demande soit entre les mêmes parties.

160. Cette règle paraît fort simple, et cependant son explication, ainsi que son application, n'est point sans difficultés. Sans doute, c'est par la comparaison du libelle des deux demandes qu'on peut juger si la seconde est fondée sur la même cause que la première. Nos lois anciennes, ainsi que nos nouvelles, exigent impérieusement que toute citation en justice, tout exploit d'ajournement, contienne l'objet de la demande et l'exposé sommaire des moyens. (Art. 1 et 61 du Code de procédure.)

161. Mais il ne faut pas confondre la cause de la demande avec les moyens de la prouver. Cette confusion serait une grande erreur. Que faut-il donc entendre par la cause de la demande, *causa petendi?* car le mot est un peu vague, il importe beaucoup d'en déterminer le sens précis. C'est, dit Neratius, la cause prochaine de l'action, *causa proxima actionis* (1), et non pas l'espèce ou le genre d'action d'un plaideur choisi pour demander en justice la chose qu'il réclame; car deux actions différentes peuvent avoir la même cause; la même cause peut produire plusieurs actions. Si la chose demandée est la même, la seconde action, quoique différente de la première, doit donc être repoussée par l'exception de la chose jugée, si elle est fondée sur la même cause : *De eadem re agere videtur, et qui non eadem actione agat, qua ab initio agebat, sed etiam si alia experiatur, de eadem tamen re..... Cæterum cum quis actionem mutat, et experitur; dummodo de eadem re experiatur, et si diverso genere actionis, quam instituit, videtur de ea re agere.* (L. 5, *eod.*) (2).

162. Cette différence entre la cause de l'action et le genre ou l'espèce de l'action va s'éclaircir par des exemples. En voici un premier, que nous tirons du droit romain, parce qu'il nous paraît l'un des plus propres à rendre notre pensée sensible :

Nous avons expliqué, tome 3 (VI éd. fr.), n° 13, les idées des Romains sur les pactes ou conventions, et sur les contrats. Nous y avons vu que les stipulations qu'ils appelaient contrats verbaux, *verborum obligationes*, n'étaient pas autre chose que la formule de l'interrogation et de la réponse, appliquée à une convention quelconque. Voulez-vous telle chose? Je le veux. Cette formule, très-indifférente à nos yeux, parut, aux anciens Romains, nécessaire pour s'assurer qu'une convention était faite avec réflexion, *serio et deliberato animo*. Elle avait l'effet important de produire une action particulière, *actio ex stipulatu*. On avait donc coutume de revêtir de cette formule la plupart des contrats, ceux même qui, tels que le contrat de vente, produisaient une action par eux-mêmes; car ce n'était pas un médiocre avantage, à Rome, d'avoir plusieurs actions pour demander la même chose en justice. Si donc on ajoutait à un contrat de vente la formule de la stipulation, il produisait deux actions, l'action *ex empto* ou *ex vendito*, et l'action *ex stipulatu*.

Cela posé, après avoir échoué, par un motif quelconque, dans l'action *ex empto* intentée contre Titius qui m'avait vendu le fonds Cornélien, puis-je former contre lui l'action *ex stipulatu ?*

La négative est incontestable, car je ne fais, suivant l'expression d'Ulpien, que changer d'action, *actionem muto*. La cause de ma demande, *causa proxima actionis*, est, dans la seconde demande comme dans la première, le consentement qu'a dû donner Titius à la vente du fonds Cornélien, que je soutiens qu'il m'a consentie. C'est ce consentement qui est la cause prochaine de l'action *ex empto;* c'est ce même consentement qui est aussi la cause prochaine de l'action *ex stipulatu*. C'est une chose évidente. La formule de l'interrogation et de la réponse n'ajoute point une nouvelle cause à la vente; elle y ajoute seulement une nouvelle espèce ou un nouveau genre d'action (3). La question que présente à juger la seconde action, comme la première, est toujours la même, savoir, si Titius a valablement consenti à me vendre le fonds Cornélien.

---

(1) L. 25, ff *de except. rei judicat.*, 44, 2.

(2) Il faut voir aussi la loi 7, § 4, *eod.*

« Et generaliter, ut Julianus definit, exceptio rei » judicatæ obstat, quoties inter easdem personas eadem » quæstio revocatur, vel (*id est* etiam) alio genere » judicii. »

Dalloz, v° *Chose jugée*, n° 150, dit : « Réciproquement, si les instances offrent la même question à décider, il y a identité de cause et chose jugée, lors même que le genre d'action serait différent, car la même cause peut produire plusieurs actions. »

(3) Pothier s'est donc trompé, quand il a dit, dans ses *Pandectes*, hoc titulo, n° 12, que l'action *ex causa empti*, et l'action *ex causa stipulationis*, forment une cause nouvelle :

« Alia etiam petendi causa est, si quis rem sibi tanquam ex certa causa debitam petiit, puta ex causa » empti, eam postea tanquam ex alia causa, puta ex » causa stipulationis, sibi debitam petat. »

La stipulation n'était point une cause; ce n'était, comme nous l'avons déjà dit, qu'une simple formule, qui pouvait servir de lieu commun à toutes les obligations, mais qui n'était point obligatoire, si elle n'avait pas une cause légitime. *Voy.* Heineccius, *Antiq. roman.*, lib. 3, tit. 16, n° 14.

Ainsi, la question et la chose demandée sont les mêmes, les personnes sont les mêmes, la cause prochaine de l'une et de l'autre action est la même: la seconde doit donc être repoussée par l'exception de la chose jugée. *Generaliter, ut Julianus definit, exceptio rei judicatæ obstat, quoties inter easdem personas eadem quæstio revocatur, vel* (1) *alio genere judicii.* (L. 7, § 4, *eod.*)

163. La garantie des défauts cachés de la chose vendue nous offre un second exemple, commun au droit romain et au droit français, pour faire sentir la différence réelle qui existe entre la cause de l'action et le genre ou l'espèce de l'action.

On appelle *vices rédhibitoires* les défauts cachés de la chose vendue, qui l'empêchent d'être propre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminuent tellement cet usage que l'acheteur ne l'eût pas acquise, ou n'en eût pas donné le même prix, s'il les eût connus. (Art. 1641.)

Ces vices donnent lieu à deux actions:

1° L'action rédhibitoire proprement dite par laquelle l'acheteur demande la résolution de la vente, la restitution du prix, et même, en certains cas des dommages et intérêts;

2° L'action que les Romains appelaient *quanti minoris*, par laquelle l'acheteur ne demandait pas la résolution de la vente, mais seulement la restitution d'une partie du prix, proportionnée à la moins value que les défauts cachés donnaient à la chose vendue.

L'art. 1644 du Code civil, de même que le droit romain, laisse à l'acheteur le choix d'exercer l'une ou l'autre de ces actions; mais s'il a choisi la dernière, et qu'elle ait été rejetée par un jugement, le droit romain décide nettement qu'il ne peut plus former l'action rédhibitoire, pour faire condamner le vendeur à reprendre la chose. Cette seconde action, quoique d'une autre espèce, quoique les conclusions en soient différentes, n'en doit pas moins être repoussée par l'exception de la chose jugée; car l'acheteur ne fait que changer d'action, *actionem mutat.* La cause de la seconde action, *causa proxima actionis*, est la même que celle de la première. Ce sont les vices rédhibitoires, les vices cachés de la chose vendue, que le vendeur est toujours censé avoir connus, et qu'il doit garantir. La question à juger dans la seconde action est donc la même que la question jugée dans la première. La chose vendue a-t-elle des vices cachés que le vendeur doive garantir? Cette question a déjà été jugée par le premier jugement : le demandeur ne fait donc réellement que changer d'action; après avoir exercé l'action *quanti minoris*, il ne peut donc plus former l'action rédhibitoire, et *vice versa.*

Est in potestate emptoris, intra sex menses redhibitoria agere mallet, an ea quæ datur quanti minoris homo, cum veniret, fuerit; nam posterior actio etiam redhibitionem continet, si tale vitium in homine est, ut eum ob id actor emptoris non fuerit. Quare vere dicetur, cum qui alterutra earum egerit, si altera postea agat, rei judicatæ exceptione summoveri. (L. 25, § 1, ff. *eod.*)

Notre Code n'a point de disposition qui défende de revenir à l'une de ces actions, après avoir épuisé l'autre; mais comme elles sont empruntées du droit romain, et que la raison de décider est la même en droit français, c'est-à-dire, l'identité de la cause prochaine des deux actions, la décision doit aussi être la même.

164. Nous trouvons, dans l'espèce d'un arrêt rendu par la cour de cassation, le 27 août 1817, l'exemple d'une seconde action formée entre les mêmes personnes, ayant le même objet qu'une première action rejetée par un jugement, et qui n'en fut pas moins admise, parce que la cause des deux actions, ni les questions à juger, n'étaient point les mêmes. Voici l'espèce de cet arrêt, qui peut répandre du jour sur plusieurs points relatifs à l'exception de la chose jugée:

Les mariés Sallenave et la demoiselle Hureaux, leur sœur et belle-sœur, étaient en procès sur le partage des biens dépendants de la succession de la mère commune, et sur la fixation de la légitime paternelle. La demoiselle Hureaux vendit, pendant la litispendance, à Chegaray, son avocat, deux maisons situées à Bayonne, et dépendantes des successions des père et mère communs.

Le 20 floréal an XIII, elle transigea avec sa sœur et son beau-frère, et leur abandonna, aux conditions convenues, les biens dépendants des successions des père et mère communs.

En 1806, Sallenave et son épouse, cette dernière procédant en qualité de *cohéritière* de la demoiselle Hureaux dans la succession maternelle, et de *légitimaire* dans la succession paternelle, prétendirent faire annuler le contrat de vente des deux maisons vendues à Chegaray, sur le fondement qu'il était acquéreur de droits litigieux, et sur ce qu'il était avocat et conseil de la demoiselle Hureaux pendant le litige. Ils demandaient qu'il fût condamné de leur abandonner les deux maisons vendues, sans indemnité ou remboursement du prix.

Condamné en première instance, Chegaray se rendit appelant. La demoiselle Hureaux intervint sous l'appel, et conclut, comme lui, à ce que la demande en nullité de la vente des deux maisons fût déclarée non recevable, en tous cas mal fondée.

Le 8 mars 1809, la cour de Pau rendit un arrêt qui déclara les mariés Sallenave non recevables dans leur demande en nullité, sur le motif, 1° que la dame Sallenave n'avait aucun droit de légitimité paternelle sur l'une des maisons, qui, par la coutume de Bayonne, était dévolue à la demoiselle Hureaux;

(1) *Id est.* etiam.

2° Que la seconde maison était un acquêt de la communauté;

3° Qu'ayant transigé avec la demoiselle Hureaux, sans réserver aucun droit sur les deux maisons, ils n'avaient pas le droit d'en critiquer la vente.

Les mariés Sallenave formèrent une seconde action contre Chegaray, et soutinrent que la vente était simulée; qu'elle n'était en réalité qu'un simple engagement. Ils offrirent le remboursement du prix de 20,000 fr., et demandèrent que Chegaray leur abandonnât la jouissance des deux maisons. Chegaray opposa l'exception de la chose jugée.

Mais, sans avoir égard à cette exception qu'elle trouva mal fondée, la cour de Pau condamna, en 1815, Chegaray au délaissement des maisons, avec restitution des fruits du jour du contrat, et les mariés Sallenave, suivant leurs offres, à la même restitution des 20,000 fr., avec les intérêts légitimes, frais et accessoires de la vente, et du prix des améliorations qui se trouveraient vérifiées.

Chegaray se pourvut en cassation; mais, par arrêt du 27 août 1817, la cour rejeta son pourvoi.

« Attendu que, lors du procès terminé par » l'arrêt de 1809, la demande de la nullité de la » vente faite à Chegaray était fondée sur ce que » les maisons vendues étaient litigieuses, et sur » ce que Chegaray avait été, pendant le litige, » l'avocat et le conseil de la demoiselle Hu» reaux;

» Que, dans le procès actuel, la demande en » nullité a été, au contraire, fondée sur ce que le » prétendu contrat de vente n'était qu'un simple » engagement;

» Que, par conséquent, *la même cause* n'a pas » été le fondement des deux demandes;

» Attendu, en second lieu, que, dans le pre» mier procès, la dame Sallenave avait procédé » en qualité de *cohéritière* et de *copropriétaire* » des deux maisons dont il s'agit;

» Que, dans la cause actuelle, elle a procédé, » au contraire, comme *cessionnaire* de sa sœur, » en vertu de la translation du 20 floréal an XII;

» Que, par conséquent, il a été procédé dans » les deux procès en des qualités différentes;

» Attendu que la cour royale de Pau a re» connu, d'après les faits, d'après les actes de la » procédure et d'après toutes les circonstances » de la cause, que la vente desdites maisons » avait été simulée, et que le contrat n'était, » dans la réalité, qu'un simple engagement;

» Que la cour de Pau, lors de l'arrêt de 1809, » n'a eu à décider et n'a réellement décidé que » la question de savoir si Chegaray, avocat et » conseil de la demoiselle Hureaux, avait pu » acquérir les maisons;

» Que, lors de l'arrêt de 1809, la simulation » de la vente, n'ayant pas fait l'objet du litige, » n'a été ni pu être décidée par cet arrêt;

» Que c'est pour la première fois qu'il a été » fait droit, par l'arrêt de 1815, sur la nullité » du contrat du 29 ventôse an VII, comme ne » contenant, dans la réalité, qu'un simple enga» gement;

» Qu'en rejetant l'exception tirée de la préten» due autorité de la chose jugée, la cour royale » de Pau n'a, par conséquent, violé aucune loi. »

165. Mais si la seconde action, formée entre les mêmes parties et pour la même chose, ne peut être repoussée par l'exception de la chose jugée lorsqu'elle est fondée sur une cause différente, cette maxime ne doit s'entendre, comme nous l'avons dit, que de la cause prochaine de l'action, *causa proxima actionis*, dit Neratius.

Il en serait autrement, si la nouvelle action n'était fondée que sur un nouveau moyen de prouver la cause prochaine, commune aux deux actions; car le moyen de prouver la cause n'est pas la cause. Les demandes en rescision des contrats nous en offrent des exemples. La cause prochaine de l'action en rescision est le défaut de consentement, et la nullité du contrat qui en résulte. Or, les vices qui annulent le consentement sont l'erreur, la violence, le dol, etc. Ce sont des causes de nullité, disent les articles 1110, 1111, 1116 du Code civil. Je demande que tel contrat soit rescindé. Pourquoi? Parce qu'il est nul, faute de consentement valable. La cause première, la cause prochaine de ma demande, est donc la nullité qui résulte du défaut de consentement. Reste à prouver la cause qui annule mon consentement, sauf l'erreur, la violence, le dol, etc., qui sont les moyens de prouver le défaut de consentement.

Toute action en rescision est donc fondée sur ce raisonnement implicitement, mais nécessairement renfermé dans la demande : Tout contrat est nul, s'il n'y a pas eu de consentement valable; le consentement n'est pas valable, s'il a été donné par erreur, extorqué par violence ou surpris par dol.

Or, le consentement que j'ai donné à tel contrat n'a été donné que par erreur : donc le contrat doit être rescindé.

Cela posé, si, après avoir succombé dans la demande en rescision d'un contrat, fondée sur l'erreur, je forme une nouvelle action en rescision fondée sur la violence ou la crainte, elle doit être repoussée par l'exception de la chose jugée; car elle n'est pas fondée sur une cause nouvelle, mais sur un nouveau moyen de prouver la cause prochaine, commune aux deux actions, le défaut de consentement valable, question déjà déduite en jugement; or, je ne suis pas recevable à former une seconde action sur un moyen nouveau, mais seulement sur une nouvelle cause.

166. Appliquons ce principe à un genre de nullité autre que le défaut de consentement; par exemple, aux nullités de droit provenant des vices de forme. On m'oppose un contrat authen-

tique, reçu par un notaire et deux témoins. Je l'attaque pour cause de nullité, fondée sur la minorité de l'un des témoins. Le jugement rejette ma demande. J'en forme une seconde, fondée sur ce que l'autre témoin est un étranger, qui ne jouit point en France des droits civils. Cette seconde demande doit être repoussée par l'exception de la chose jugée. Ce n'est point sur une nouvelle cause que j'ai fondé ma seconde demande, mais sur un nouveau moyen. La cause prochaine, tant de ma première que de ma seconde action, est la nullité de droit de l'acte, nullité résultant d'un vice de forme. Cette nullité, déduite en jugement et rejetée, n'y peut plus être remise une seconde fois sur un autre moyen de nullité, ou sur un vice de forme autre que celui que j'ai d'abord proposé (1).

Cette doctrine a été sagement appliquée, par la cour de Colmar, dans l'espèce que nous venons de proposer. Erhard avait attaqué un acte d'obligation passé devant notaire, pour cause de nullité, parce que l'un des témoins était mineur. Un premier arrêt avait rejeté sa demande. Il en forma une seconde par exception, et la fonda sur ce que l'autre témoin était étranger.

Le tribunal de première instance, croyant voir une nouvelle cause dans le second moyen, admit l'exception; mais son jugement fut réformé par arrêt du 17 juillet 1816, par le motif que la nullité prétendue de l'obligation notariée avait été rejetée par un premier arrêt; « qu'ainsi, » l'obligation est défendue par l'autorité de la » chose jugée, et que l'intimé n'avait pu, sans y » porter atteinte, remettre en question cette » nullité, sous prétexte d'un autre vice de forme » celui qu'il avait d'abord objecté; que la simple » proposition d'un nouveau moyen ne constitue » pas une nouvelle cause de demande ou d'ex- » ception; que les cas rares où une partie peut, » par des moyens qu'elle aurait omis de pro- » duire, faire rétracter les arrêts ou jugements » en dernier ressort, sont énoncés parmi les » ouvertures de requête civile, etc. »

Cet arrêt nous paraît du nombre de ceux qui doivent fixer la jurisprudence, parce qu'il est conforme aux vrais principes, et qu'en les appliquant il les fixe. *Judicia sunt anchoræ legum.* Un moyen nouveau, quel qu'il soit, n'est jamais une cause suffisante pour renouveler une demande rejetée par un premier jugement. Une pièce décisive ne suffirait pas, quand même elle serait recouvrée depuis le jugement, si elle n'était pas retenue par le dol de l'autre partie: *Sub specie novorum instrumentorum, postea repertorum, res judicatas restaurari exemplo grave est.* (L. 4, Cod., *de re judic.*, 7, 52).

On trouve la confirmation de ces principes dans un arrêt de la cour de cassation, dont voici l'espèce. Condamnés par un jugement arbitral, sur lequel avait été donnée une ordonnance d'*exequatur* par l'un des magistrats de la cour de Grenoble, Prat et Gerard y formèrent opposition, et en demandèrent d'abord la nullité, uniquement sur ce que les arbitres avaient dû prononcer plus de trois mois après leur nomination. Ce moyen fut rejeté par un arrêt du 12 août 1816.

Prat et Gerard attaquèrent de nouveau le jugement arbitral, par une action fondée sur ce qu'il aurait dû être déclaré exécutoire par le président du tribunal de Briançon, et non par un magistrat de Grenoble, qui était sans pouvoir pour donner l'ordonnance d'*exequatur*. Ce nouveau moyen fut accueilli par un arrêt de la même cour de Grenoble, du 8 février 1818, par le motif que le moyen de nullité, fondé sur le défaut de pouvoir de l'auteur de l'ordonnance d'*exequatur*, n'ayant pas été agité ni proposé, lors du premier arrêt de 1812, on ne pouvait opposer l'autorité de la chose jugée.

Mais ce second arrêt fut annulé par la cour de cassation, le 29 janvier 1821, par le motif que ces deux actions étaient fondées sur *la même cause*, sur la nullité de l'ordonnance d'*exequatur*;

Et que si, dans l'une, l'on avait fait valoir une nullité non opposée dans l'autre, et que par suite les deux arrêts jugent des questions différentes, tout ce qui en résulte, c'est qu'aux deux époques les parties n'ont pas proposé les mêmes moyens; « mais qu'il est constant en droit, que » l'identité de moyens n'est pas nécessaire pour » constituer l'exception de la chose jugée; » qu'elle se compose de trois éléments qui se » rencontrent dans l'espèce: d'où il suit que » l'arrêt a violé les art. 1350, 1351 et 1352 du » Code civil (2). »

167. Mais ces principes ne nous paraissent point applicables au cas de deux demandes successives, fondées l'une et l'autre sur des nullités d'un genre différent; par exemple, après avoir échoué dans l'action en nullité d'un contrat pour vice de forme, je puis former l'action en rescision. L'une de ces actions n'est point un moyen de prouver la cause de l'autre. Elles sont fondées sur des causes essentiellement différentes.

La cause de la première est la nullité de l'acte, prononcée par la loi pour l'inobservation de telle ou telle formalité.

---

(1) Brux., 18 janvier 1827; *Pasicrisie belge* à cette date; Voet, l. 44, tit. 2, n° 4.

(2) Un autre arrêt de la cour de cassation, du 21 juin, même année 1821, a décidé que deux actions, l'une sur la révocation d'une donation par survenance d'enfants, l'autre en réduction de la même donation à la portion disponible, ont une cause différente, et que le jugement rendu sur la première action ne pouvait avoir l'autorité de la chose jugée dans la seconde.

La cause de la seconde est la nullité de la convention résultant du défaut de consentement, donné par erreur, extorqué par violence, ou surpris par dol, etc.

L'action en nullité pour vice de forme n'attaque que l'acte destiné à servir de preuve à la convention, acte qui peut être nul, quoique la convention soit valide.

L'action en rescision n'attaque que la convention; elle l'attaque dans son essence, même sans critiquer, sans attaquer l'acte destiné à lui servir de preuve, et qui peut être valide, quoique la convention soit nulle.

L'action en rescision n'est donc pas, sans contredit, fondée sur la même cause que l'action en nullité : c'est une chose évidente ; et dès lors, l'article 1351 ne permet pas de lui appliquer l'exception de la chose jugée par l'arrêt ou le jugement qui a rejeté l'action en nullité. Ce n'est plus la même question qu'il s'agit de juger. C'est une question tellement différente qu'elle ne pourra pas être prononcée en cour d'appel, si elle ne l'avait pas été en première instance, quoiqu'on puisse, sous le cours d'appel, proproser des moyens nouveaux, omis devant le tribunal de première instance (1) ; mais on n'y peut proposer une question nouvelle, parce que ce serait priver l'autre partie d'un degré de juridiction.

168. L'action en résolution d'un contrat quelconque, d'une vente, par exemple, en vertu d'une clause résolutoire, exprimée ou sous-entendue dans le contrat (art. 1184), l'action rédhibitoire, ou *quanti minoris*, pour vices cachés de la chose vendue (art. 1641); la demande en résiliation d'un bail, faute de garnir la maison de meubles (art. 1742), ou l'héritage rural de bestiaux et des ustensiles aratoires (art. 1766), ou même pour dégradations, sont des actions différentes qui n'ont point entre elles une cause commune. Elles n'ont point non plus la même cause que la demande en nullité, ou que la demande en rescision pour vices du consentement donné par erreur, extorqué par violence ou surpris par dol. Cette rescision n'a point encore la même cause que la rescision d'une vente pour lésion des sept douzièmes, fondée sur la disposition expresse de l'article 1674, et non sur les vices du consentement, quoique la vileté du prix puisse quelquefois aider à prouver la surprise.

Ainsi, après avoir échoué dans l'une de ces actions, on peut, lorsque deux ou plusieurs concourent dans la même personne, exercer l'une après l'autre, sans craindre de se voir repoussé par l'exception de la chose jugée sur la première demande formée, parce que c'est une nouvelle action, fondée sur une cause qui n'est plus la même; c'est une autre question, une autre demande qu'on présente à juger.

C'est en conséquence de ces principes, que la cour de cassation a décidé qu'on ne peut, en cause d'appel, convertir la demande en nullité d'un bail, portée devant le tribunal de première instance, qui avait déclaré le bail *nul et comme non avenu*, en demande en résiliation, quoique d'ailleurs le demandeur eût fait valoir, mais sans y avoir *conclu*, des moyens qui étaient de nature à favoriser une demande en résiliation;

Et qu'une demande en *nullité* de partage, formée pour cause de dol en première instance, ne pouvait également être, sous l'appel, convertie en demande en rescision pour cause de lésion, parce que ce serait contrevenir à l'article 464 du Code de procédure, conforme en cela à la loi du 3 brumaire an II, qui défend de former, en cause d'appel, aucune nouvelle demande.

La première question a été décidée par un arrêt du 8 frimaire an X, dont on peut voir l'espèce détaillée dans le *Répertoire*, v° *Nullité*, § 9. Il suffit ici de rapporter les termes du considérant relatifs à la question qui nous occupe :

« Considérant qu'une demande en nullité est » tout autre chose qu'une demande en résiliation; que la première attaque l'acte en soi, » dans sa forme ou dans son essence, tandis » que la deuxième, au contraire, le suppose » originairement valable, et ne tend qu'à le » priver d'effets à l'avenir, pour causes étrangères à son essence ou à sa forme, et survenues depuis sa date; qu'une demande en *résiliation* est une demande *principale*, qui doit » être introduite selon les formes prescrites » pour les demandes principales, et être caractérisée par des conclusions expresses; que » les *moyens* sont essentiellement distingués » des *conclusions* par l'art. 1er de l'ordonnance » de 1667, qui veut que *les ajournements et* » *citations, en toutes matières et en toutes juridictions, soient libellés, contiennent les* CONCLUSIONS, *et sommairement les* MOYENS *de la demande* (2);

» Que, dans l'espèce, l'administration n'avait » jamais *conclu* à la *résiliation* du bail du 20 floréal an IV; que, devant les premiers juges, » elle s'était bornée à requérir que ce bail et » celui du 20 mars 1792, fussent *déclarés nuls et* » *comme non avenus;* que le jugement du 12 brumaire an IX avait prononcé conformément à » ces conclusions et dans les mêmes termes; » que, sur l'appel, elle avait requis purement » et simplement l'exécution de ce jugement; ce

(1) Nous ne porterons pas plus loin ici la comparaison entre l'action en nullité et l'action en rescision; on peut voir ce que nous avons dit, t. 4 (VIII, éd. fr.), n° 526.

(2) Le Code de procédure civile dit, art. 61 : « *L'objet* de la demande, l'exposé sommaire des *moyens*. »

» qui ne constituait, comme en première instance, qu'une demande *en nullité;* que si elle » avait fait valoir des raisons qui étaient de nature à être proposées à l'appui d'une demande » en résiliation, elle ne les avait toutefois employées que comme moyens propres à faire confirmer ce jugement et que ce fait a été formellement reconnu par le tribunal d'appel lui-même;

» Que néanmoins, dans son jugement du » 8 frimaire an x, ce tribunal a dénaturé la » cause qui lui était soumise, en transformant » les *moyens* en *demande en résiliation*, et a » déclaré en conséquence résolu le bail des » mines de la Machine, du mois de floréal an iv, » en quoi il a commis un excès de pouvoir... » La cour casse et annule pour excès de pouvoir, etc. »

La seconde question a été décidée par un arrêt du 5 novembre 1807, rapporté au même endroit, et dont voici l'espèce :

Le tribunal de première instance de Coulommiers avait déclaré non recevable la demande en nullité d'un acte de partage, formée par le sieur le Clerc, pour cause de dol. Sur l'appel, il conclut subsidiairement à ce que l'acte fût rescindé pour cause de lésion. La cour de Paris déclara que, d'après l'article 7 de la loi du 3 brumaire an ii (auquel est conforme l'art. 464 du Code de procédure civile), elle ne pouvait s'occuper de ces conclusions subsidiaires, et, au principal, dit qu'il avait été bien jugé.

Le sieur le Clerc se pourvut en cassation; mais, par arrêt du 5 novembre 1807, son pourvoi fut rejeté, « attendu que l'action en rescision pour cause de lésion d'outre moitié, » étant une action principale, essentiellement » distincte de l'action en nullité d'un contrat » pour *cause de dol*, puisqu'au contraire elle » en suppose la validité, elle aurait dû être » proposée en première instance ; ce que n'a » pas fait le sieur le Clerc, qui n'en a dirigé » l'exercice qu'en cause d'appel (1) : d'où il suit » que la cour d'appel, en se contentant de prononcer sur les seules conclusions prises en » première instance, n'a pu contrevenir à aucune loi, — La cour rejette, etc. »

De ce que l'exception de la chose jugée ne peut être opposée quand la seconde demande n'est pas fondée sur la même cause, il suit encore qu'après avoir échoué dans la plainte en faux dirigée contre un acte, on est reçu à l'attaquer pour cause de nullité. C'est une maxime ancienne sur laquelle il n'existe plus de doute. *Voyez* ce que nous avons dit, tom. 4 (VIII, éd. fr.), nº 55.

169. Il y a un cas où, dans le concours de plusieurs actions fondées sur des causes différentes appartenant à la même personne, pour la même chose, elle ne peut former la seconde action après avoir échoué dans la première.

C'est lorsque ces actions, séparées dans leur origine, et appartenant à des personnes différentes, ont été, par l'adition d'hérédité, identifiées et confondues dans la personne de l'une d'elles, devenue héritière de l'autre. En voici un exemple :

Je vends successivement à Primus et à Secundus le fonds Cornélien. Chacun d'eux a une action contre moi pour m'obliger à le lui livrer. Mais, avant la demande en délivrance, Primus meurt, laissant pour seul héritier Secundus, qui accepte la succession purement et simplement. Par cette adition d'hérédité, tous les droits et actions, tant actifs que passifs, de Primus, sont confondus avec les droits et actions de Secundus, pour ne plus former, avec ses autres biens, relativement à lui, qu'un seul et même patrimoine; en sorte qu'il ne peut plus former séparément l'action que Secundus avait contre moi, et celle qu'il avait de son chef pour la délivrance du fonds Cornélien. Ces deux actions confondues n'en forment plus qu'une seule, et si elle était rejetée par un premier jugement, il ne pourrait plus en former une seconde, sans être repoussé par l'exception de la chose jugée.

Il en serait autrement s'il avait accepté la succession sous bénéfice d'inventaire parce que l'effet du bénéfice d'inventaire est d'empêcher la confusion des droits et des actions.

Ulpien, de qui nous empruntons cet exemple (2), conseille en ce cas à l'héritier de former l'action qu'il a contre moi de son chef,

---

(1) Mais remarquez bien que, si une demande nouvelle ne peut être proposée en cause d'appel, il en est autrement des moyens nouveaux omis devant le tribunal de première instance. Les cours doivent les admettre à l'appui de la demande qui leur est soumise par appel Telle est la jurisprudence de la cour de cassation. Voyez *Répertoire de jurisprudence*, 5e édition, vº *Curateur*, § 2, p. 282 (éd. Tarlier, t. 7, p. 25). Il ne faut donc pas confondre les demandes nouvelles avec les moyens nouveaux.

Remarquez encore que ceux qui ont porté devant une cour d'appel des demandes nouvelles ne peuvent se plaindre que cette cour y ait statué : ce droit n'appartient qu'à l'autre partie. *Voyez* le *Répertoire*, *ubi supra*.

(2) Loi 10, ff. *de actionibus empt.*, 19, 1. « Non est novum ut duæ obligationes in ejusdem persona, de eadem re concurrant. Cum enim is qui venditorem obligatum habebat, ei, qui eumdem venditorem obligatum habebat, hæres exstiterit; constat duas esse actiones in ejusdem persona concurrentes, propriam et hæreditariam; et debere hæredem institutum, si velit separatim duarum actionum commodo uti, ante aditam hæreditatem proprium venditorem convenire; deinde, adita hæreditate, hæreditarium. Quod si priùs adierit hæreditatem, unam quidem actionem movere potest, sed ita, ut per eam utriusque contractus sentiat commodum. Ex contrario quoque, si venditor venditori hæres exstiterit; palam est, duas evictiones eum præstare debere » *Voyez* Cujas sur cette loi, et les *Pandectes* de Pothier, t. 5, liv. 46, tit. 5, nº 126.

avant l'adition d'hérédité, pour former, après l'adition, l'action qu'il a comme héritier de Primus; mais cette marche n'empêcherait pas la confusion dans notre législation, où « l'effet de » l'acceptation remonte au jour de l'ouverture » de la succession. » (Art. 777.)

Ainsi la confusion ne pourrait être empêchée que par le bénéfice d'inventaire. Secundus pourrait alors exercer successivement les deux actions, et après s'être fait livrer le fonds Cornélien, en vertu de la première, s'en faire payer le prix, et des dommages et intérêts, par la seconde.

Si Primus et Secundus avaient l'un et l'autre payé comptant le prix, au moment du contrat, il est bien évident que Secundus, héritier de Primus, pourrait demander la tradition et la restitution du prix payé par Primus.

170. Ceci nous conduit à un examen nécessaire, pour achever d'éclaircir et de développer la doctrine de la cause des actions; c'est l'explication du fameux brocard de droit : *Electa una via, non datur recursus ad alteram.* Dans le concours de plusieurs actions, celui qui en a choisi une ne peut plus revenir à l'autre.

Ce brocard est présenté par les interprètes comme une règle ou comme une maxime générale, et ils l'appliquent tant aux actions déjà jugées, lorsque celui qui n'a pas obtenu les conclusions de sa demande voulait former une seconde action pour la même chose, qu'aux actions formées, mais non encore jugées, et que le demandeur voudrait abandonner pour en former une autre.

Cependant, en examinant avec quelque attention les lois qu'invoquent les interprètes pour en tirer par induction le brocard dont il s'agit, on n'y trouve que des cas particuliers, dont la décision est tirée, soit du grand principe, en matière de chose jugée, qu'on ne peut, après un premier jugement, recourir pour la même chose à une seconde action, même d'un autre genre que la première, à moins qu'elle ne soit fondée sur une autre cause; soit d'une disposition spéciale et particulière qu'on ne doit pas généraliser, sans manquer aux règles les plus sûres de l'interprétation.

171. Remarquons d'abord, comme l'a fort bien observé Merlin (1), que cette maxime n'est écrite ni présentée dans aucun texte, comme une règle générale. La loi 43, § 1, ff. *de reg. jur.* dit bien : *Quoties concurrunt plures actiones ejusdem rei nomine, una quis experiri debet.* Dans le concours de plusieurs actions pour la même chose, il faut en choisir une.

172. Mais cette loi tirée du *Commentaire* d'Ulpien sur l'édit du préteur, n'ajoute pas qu'après ce choix on ne peut revenir à une autre action. Au contraire, la loi 130, ff. *de reg. jur.*, aussi tirée du même ouvrage d'Ulpien, dit positivement : *Nunquam, actiones præsertim pœnales, de eadem re concurrentes, alia aliam consumit.* Jamais, dans le concours de plusieurs actions surtout pénales, pour la même chose, l'une ne consume l'autre, c'est-à-dire n'empêche de l'exercer.

La loi 41, ff. *de obl. et act.* 44, 7, tirée du *Commentaire* de Paul sur l'édit du préteur, dit aussi : *Quoties lex obligationem introducit, nisi si nominatim caverit ut sola ea actione utamur, etiam veteres eo nomine actiones competere.*

Cette loi ajoute même : *Si eodem facto duæ competant actiones, postea judicis potius partes esse, ut, quo plus sit in reliqua actione, id actor ferat; si tantumdem aut minus, consequatur.*

Ainsi, loin qu'on puisse induire de la loi 43, § 1, ff. *de reg. jur.*, qui, dans le concours de plusieurs actions, ordonne ou conseille d'en choisir une, qu'on ne peut après ce choix recourir à une autre action, la proposition contraire paraît établie comme règle générale par la loi 130 : *Nunquam actiones, de eadem re concurrentes, alia aliam consumit.*

173. D'ailleurs, n'est-il pas évidemment contraire aux règles de la saine logique, de conclure que celui à qui la loi donne plusieurs actions *de eadem re*, renonce aux autres actions, en choisissant l'une d'entre elles pour la former d'abord? Si la loi m'a donné deux actions différentes pour obtenir une chose qui m'est due, c'est pour me donner plus de moyens de l'obtenir. L'un de ces moyens ne m'a pas réussi, soit parce que le juge a rendu une sentence inique, soit parce que je me suis mal défendu, soit par toute autre raison. Pourquoi ne pourrais-je pas user du second moyen que la loi me donne pour obtenir ce qui m'est dû? Pourquoi, avant le jugement, me serait-il défendu d'abandonner ma première action, au succès de laquelle je prévois des obstacles, pour former la seconde qui me paraît plus solide, puisqu'en payant les dépens préjudiciaux, je ne cause aucun tort à mon adversaire, je n'attaque aucun droit qui lui soit acquis?

La question de savoir si le demandeur, qui avait plusieurs actions, peut, après avoir échoué dans une première, en former une seconde, ou s'il peut varier avant le jugement, et abandonner un premier choix pour un second, ne dépend donc point, si l'on n'écoute que la raison, de la nécessité de faire un choix entre deux actions qu'on ne peut exercer simultanément. Cette

(1) Dans une dissertation sur la maxime *electa una via, non datur recursus ad alteram*, imprimée au mot *Option*, dans la 3e édition de ses *Questions de droit*. Cette savante dissertation nous a été très-utile, et nous en avons beaucoup profité, comme nous profitons toujours des autres ouvrages de l'auteur, qui répand la lumière sur toutes les matières qu'il traite. Il instruit, lors même qu'on n'est pas de son avis.

question se résout par des principes positifs, et par des distinctions sagement établies sur des motifs avoués par la raison.

Qui ne sent, en effet, le vice de ce raisonnement? La loi me donnait deux actions pour me faciliter les moyens de recouvrer ce qui m'était dû; j'ai choisi l'une de ces actions, que je ne pouvais exercer simultanément avec l'autre : donc je ne suis plus recevable à former l'autre. Mon choix est une renonciation formelle à l'autre action que j'ai négligée; j'en suis irrévocablement déchu.

Je réponds qu'en formant d'abord la première action, je l'ai crue plus propre à me faire rendre justice. Je me suis trompé; mais mon action même prouve que, loin d'avoir l'intention de renoncer à ce qui m'est dû ou à mes droits, j'ai manifesté la ferme volonté de les exiger. Il serait donc contre toute raison, il serait absurde de supposer que j'aie renoncé à quelques-uns des moyens de me faire rendre justice, et si je n'ai pas renoncé à ces moyens, je puis en user, à moins qu'une loi spéciale ne me le défende en certains cas et pour des motifs particuliers.

Si vous prétendiez, contre raison, que le choix de ma première action contient une renonciation à mes autres actions, je vous répondrais qu'aucune renonciation ne peut lier celui qui l'a faite, avant qu'elle ait été acceptée; or, loin d'accepter la prétendue renonciation à mes autres actions, vous n'avez fait que contester ma créance, ou peut-être proposé des fins de non-recevoir contre ma première action.

Ainsi, sous quelque point de vue qu'on envisage la question, il est raisonnablement impossible d'admettre que le choix d'une première action entre plusieurs, contienne une renonciation valable aux autres actions ou droits du demandeur, et surtout dans nos usages, où l'on insère le plus souvent dans le libelle de l'action une protestation contraire à cette renonciation, par la clause de style : *sauf tous autres droits, actions et conclusions*, qui est toujours sous-entendue quand elle n'est pas exprimée; protestation qui, pour le dire en passant, paraît imaginée par nos anciens praticiens pour éluder la conséquence qu'un adversaire subtil voudrait tirer du brocard *electa una via, non datur recursus ad alteram.*

Si l'on peut, après le jugement, former une seconde action, on peut, à plus forte raison ce semble, varier avant le jugement, et abandonner sa première action pour en former une autre. Il impliquerait contradiction de dire qu'on ne peut faire avant le jugement ce qu'on peut faire après.

Disons donc qu'en général, si l'on n'écoute que la raison, le choix d'une première action, fait par celui qui en a plusieurs, pour la même chose, n'emporte point la renonciation aux autres, et ne l'empêche point d'en former une seconde, à moins qu'il n'y ait expressément renoncé, ou qu'une loi spéciale ne le lui défende.

174. Mais la faculté illimitée de renouveler des demandes rejetées par un jugement définitif porterait le trouble dans la société. C'est par ce grand motif d'intérêt public que les lois accordent l'exception de la chose jugée, contre toute demande formée entre les mêmes personnes, pour la même chose, et fondée sur la même cause. C'est dans ce cas qu'il est exactement vrai de dire que la première action exclut le recours aux autres actions qui pouvaient compéter au demandeur : *Electa una via, non datur regressus ad alteram.*

Mais si la seconde action est fondée sur une autre cause, l'exception de la chose jugée cesse : *At si alia ex causa..., non nocebit exceptio.* (Loi 11, § 4, ff. *de except. rei judic.*, 44, 2.) Rien ne s'oppose alors à la seconde action, parce qu'elle présente une question nouvelle qui n'a point été jugée.

Pour rendre la maxime des interprètes parfaitement exacte, il faut donc y ajouter cette modification : *Electa una via, non datur regressus ad alteram, nisi ex alia causa...*

Cette distinction, entre le cas où la seconde action est ou n'est pas fondée sur une cause nouvelle, nous semble contenir le germe de solution de toutes les difficultés, comme nous espérons le faire voir, en examinant successivement les lois d'où les interprètes ont tiré, par induction, l'adage ou la maxime que nous examinons. Entre ces lois, on en trouve même qui avertissent de recourir à cette distinction.

175. Par exemple, la loi 9, § 1, ff. *de tribut. act.*, 14, 4, tirée du *Commentaire* d'Ulpien sur l'édit perpétuel, porte : *Eligere quis debet qua actione experiatur, utrum de peculio an tributoria, cum scit sibi regressum ad aliam non futurum.*

Mais il est évident que, loin de prétendre énoncer ici une maxime générale, Ulpien ne fait qu'appliquer aux actions appelées en droit *de peculio* et *tributoria* le grand principe sur la chose jugée, savoir : qu'on ne peut, après un premier jugement, former une seconde action pour la même chose, à moins que cette seconde action ne soit fondée sur une autre cause; et comme s'il eût craint que l'on se méprît sur le sens de cette proposition, *cum scit sibi regressum ad aliam non futurum*, il ajoute immédiatement après : *Plane si quis velit ex alia causa tributoria agere, ex alia causa de peculio, audiendus erit.* Mais si quelqu'un veut exercer l'*action tributoire* en vertu d'une cause, l'action *de peculio* en vertu d'une autre, il y doit être reçu.

Pourquoi cela? Parce que la seconde action, fondée sur une cause nouvelle, ne peut être repoussée par l'exception de la chose jugée, tandis qu'après avoir exercé l'action *de peculio* sur une cause, on ne peut, sur la même cause, exercer l'action tributoire; car il faut bien remarquer

que la cause de ces deux actions est ordinairement la même. Ainsi, la chose demandée par l'une et l'autre étant la même, les personnes étant les mêmes, Ulpien en conclut, avec raison, que le demandeur doit bien faire son choix, parce qu'après avoir choisi l'une des actions, il ne peut revenir à l'autre sans une nouvelle cause : *Cum scit sibi regressum ad aliam non futurum.... nisi ex alia causa.*

Pour faire voir que ces deux actions ont la même cause, il suffit de rappeler quels étaient leur nature et leur objet. Les maîtres, à Rome, étaient tenus des obligations contractées par les esclaves qu'ils avaient en leur puissance; mais ils en étaient tenus de différentes manières (1); par exemple, si le contrat passé avec l'esclave l'avait été de l'ordonnance du maître, celui-ci en était tenu *in solidum*. C'était sa foi qu'avait suivie celui qui avait contracté avec l'esclave.

Si, sans ordre, l'esclave commerçait sur son pécule, sans que le maître, qui en avait connaissance, s'y opposât, le créancier qui avait contracté avec l'esclave avait, contre le maître l'action *tributoire*, dont le but était d'être payé de ce qui lui était dû, sur le pécule de l'esclave, par contribution au marc la livre, non-seulement avec les créanciers, mais avec le maître lui-même, qui faisait entrer dans la masse ce qui lui était dû personnellement.

Enfin, si l'esclave faisait quelques affaires à l'insu de son maître, celui-ci n'était tenu envers les créanciers qu'à leur abandonner le pécule de l'esclave, après en avoir déduit en entier ce qui pouvait lui être dû à lui-même. Sa créance n'entrait point en contribution. Tel était le but de l'action *de peculio*.

On voit évidemment par cette explication, que la cause des deux actions, *tributoire* et *de peculio*, était la même; c'était le contrat passé avec l'esclave. Le créancier pouvait opter entre les deux actions; mais, après avoir échoué dans l'une, il ne pouvait recourir à l'autre, car alors il n'eût fait que changer d'action, *actionem mutabat* : ce qu'il ne pouvait faire sans une nouvelle cause, comme Ulpien l'observe fort bien.

On pouvait, en effet, être créancier de l'esclave pour plusieurs causes; par exemple, pour cause de prêt, pour cause de vente, etc. Alors, on pouvait demander les deux créances successivement l'une après l'autre; l'une par l'action *tributoire*, l'autre par l'action *de peculio*, parce qu'en ce cas, les deux actions étaient fondées sur des causes différentes.

La seule conséquence qu'on doive tirer de cette loi est donc celle-ci : *Electa una via, non datur recursus ad alteram, nisi ex alia causa.* Ainsi modifiée, la maxime est exacte.

Ce que nous venons de dire s'applique aux actions *quod jussu* et *de peculio*. Le créancier de l'esclave, après avoir exercé l'action *de peculio* contre le maître ne pouvait plus exercer l'action *quod jussu;* et réciproquement (2), parce que la cause des deux actions est la même. La cause de l'action *de peculio* était, aussi bien que celle de l'action *quod jussu*, le contrat passé entre le fils de famille, ou l'esclave, et le demandeur. Passant de l'une à l'autre, celui-ci ne faisait donc que changer d'action (3).

176. Nous avons déjà vu, n° 28, que c'est parce que les actions rédhibitoires et *quanti minoris* sont fondées sur la même cause, que l'acheteur, après avoir échoué dans celle qu'il a choisie, ne peut recourir à l'autre; car il ne ferait que changer d'action. L'exception de chose jugée s'opposait donc à la seconde action : *Nam posterior actio etiam redhibitionem continet*, dit le jurisconsulte Julien (4). Et comment y est-elle renfermée? C'est qu'elles ont la même cause, le vice rédhibitoire dont la chose vendue est infectée. Ce vice est la cause prochaine des deux actions, qui ont pour objet de faire déclarer que ce vice existe. Le jugement qui décide qu'il n'existe pas éteint donc nécessairement les deux actions.

177. C'est encore l'identité de cause qui fait repousser la seconde action, dans le cas de la loi 38, § 1, ff. *pro socio*, 17, 2. Deux associés sont copropriétaires d'un bien social, sur lequel l'un a fait des impenses auxquelles l'autre n'a point contribué et a néanmoins recueilli tous les fruits. Le droit romain donne au premier deux actions pour contraindre l'autre de contribuer aux impenses utiles, et de rendre compte de fruits qu'il a seul recueillis, l'action *pro socio*, et l'action *communi dividundo*. Mais il doit choisir entre les deux. Après avoir échoué dans l'une de ces actions, il ne peut plus recourir à l'autre, *et altera alteram tolli Proculus ait;* car la cause des deux actions est la même, il ne ferait que changer d'action : l'exception de la chose jugée ne le lui permet pas (5).

178. Le droit romain accordait au légataire, pour se faire payer de son legs, trois espèces

(1) *Voy.* le titre des Institutes *quod cum eo, qui in aliena potestate est, negotium gestum esse dicitur*, lib. 4, tit. 7; Doneau, *Commentaria juris civilis*, lib. 15, cap. 2.

(2) Is qui de peculio egit, cum posset quod jussu, in ea causa est, ne possit jussu postea agere. (L. 4, § 5, ff. *quod cum eo, qui in aliena potestate est*, 14, 5.)

(3) *Voy.* Merlin, *Quest. de droit*, v° *Option*, notes 1 et 2, et le président Favre, qu'il cite.

(4) L. 25, § 1, ff. *de except. rei judicat*, 44, 2.

(5) « Si tecum societas mihi sit, et res ex societate » communes, quam impensam in eas fecero, quasve » fructus ex his rebus ceperis, vel pro socio, vel com» muni dividendo me consecuturum, et altera actione » alteram tolli Proculus ait. » (L. 38, § 1, ff. *pro socio*, 17, 2.

d'actions contre l'héritier : l'action personnelle, l'action hypothécaire, et l'action réelle ou en revendication; mais il fallait choisir entre ces trois actions. Après avoir échoué dans l'une, on ne pouvait plus recourir aux autres, car toutes ces actions avaient le même objet et la même cause : l'exception de la chose jugée s'opposait donc à la seconde action; c'est une chose évidente.

179. Par tout ce qui précède, et par les espèces des différentes lois que nous venons d'examiner, et dont plusieurs sont citées par les interprètes comme sources où ils ont puisé, par induction, le brocard *electa una via, non datur recursus ad alteram*, on voit que les décisions qu'elles contiennent ne sont que des conséquences directes des principes établis sur l'exception de la chose jugée. Cette exception n'est donc point fondée sur « le principe qu'en thèse générale (1), la variation n'est plus admise, après » le choix que le demandeur a fait entre deux » actions qui lui appartenaient; » mais plutôt c'est des décisions fondées sur l'application des principes relatifs à l'exception de la chose jugée que les interprètes ont cru pouvoir tirer, par induction, le brocard dont il s'agit, et dont l'application, comme l'exception de la chose jugée, cesse, lorsque la seconde action est fondée sur une autre cause que la première.

180. On trouve cependant des textes qui défendent, après un premier choix, de former une seconde action, même fondée sur une autre cause que la première, et même contre d'autres personnes; mais ces textes sont évidemment des exceptions au principe général. Aussi sont-elles établies par des dispositions spéciales, relatives à des cas particuliers.

Il serait donc contraire à la raison et à la saine logique de généraliser ces dispositions, pour en faire des règles applicables à tous les cas.

181. La loi 22, § 1, C. *de furtis*, 47, 2, nous offre un de ces exemples, où, par exception aux principes généraux en fait de chose jugée, le législateur a expressément défendu au demandeur, dans le cas particulier de la loi, de varier dans son premier choix, quoique la seconde action fût fondée sur une autre cause que la première, et qu'elle dût même être dirigée contre une autre personne. Cette loi est l'une des cinquante décisions (2) par lesquelles Justinien termina des contestations qui s'étaient élevées entre les anciens jurisconsultes des différentes sectes ou écoles. Voici l'espèce :

Il s'agit de savoir si, dans le cas d'un effet volé par la faute de l'emprunteur, celui contre qui le prêteur a l'action de commodat peut agir contre le voleur *actione furti?* Les uns donnaient cette action au prêteur propriétaire de la chose volée, les autres à l'emprunteur. Cette question n'était pas sans intérêt dans le droit romain; car le voleur était obligé de payer le double, quelquefois le quadruple de la chose volée. *Voy.* Inst., *de actionibus*, §§ 23 et 25; 4, 6.

Les différentes sectes étaient presque d'accord pour accorder l'action de vol à l'emprunteur, pourvu qu'il fût solvable; mais de là naissait un autre doute : à qui l'action de vol devait-elle appartenir, si l'emprunteur, solvable au moment du vol, avait cessé de l'être avant que l'action fût formée? Était-elle ambulatoire? Passait-elle au prêteur, après avoir été acquise à l'emprunteur?

Enfin, que décider si l'emprunteur n'était pas entièrement solvable, en sorte qu'il ne pût payer le prêteur qu'en partie, et non en totalité?

Les jurisconsultes n'étaient pas d'accord sur ces différents points, qui, avec raison, nous paraissent aujourd'hui des subtilités. Mais il faut se souvenir que les jurisconsultes qui créèrent la science de la jurisprudence s'efforçaient d'en faire une science qui procédât de principes en conséquences, et que, lorsqu'il se présentait une question difficile ou nouvelle, ils tâchaient de la résoudre par les conséquences qu'ils tiraient d'un principe reçu, et non par la jurisprudence des arrêts.

Justinien, pour faire cesser ces doutes et ces obscurités, décida qu'il fallait donner au prêteur la faculté d'agir à son choix, soit contre l'emprunteur, par l'action de commodat, soit contre le voleur, par l'action de vol, *actione furti;* mais, en même temps, il ordonna expressément qu'après son choix fait, le prêteur ne pourrait plus varier; que s'il agissait contre le voleur, l'emprunteur fût entièrement déchargé de son obligation, et *vice versa*, que s'il agissait contre l'emprunteur, l'action de vol appartiendrait irrévocablement à ce dernier, pour l'exercer à ses risques, périls et fortune.

Cette défense de varier était néanmoins subordonnée à la distinction suivante.

Si le prêteur avait connaissance du vol lorsqu'il a dirigé son action contre l'emprunteur, il ne pouvait plus varier. Si, au contraire, il n'en avait pas connaissance, ou s'il en doutait, *nescius et dubitans*, il pouvait, après avoir découvert la réalité du vol, abandonner l'action de commodat, pour former son action contre le voleur.

---

(1) Comme paraît le croire Merlin, *Quest. de droit*, 3e édition, v° *Option*, n° 8 :

« Du principe, dit-il, qu'en thèse générale, la variation n'est plus admise, après le choix que le demandeur a fait entre deux actions qui lui appartenaient... » il s'ensuit tout naturellement que si le demandeur vient » à échouer dans l'action qu'il a intentée, il ne peut » plus revenir sur ses pas, et reprendre l'action dont il » s'était d'abord abstenu. »

(2) *Voy.*, sur cette loi, Edmond Merille, *Expositiones Edmundi Merillis*, in 50 decisiones Justiniani, cap. 13, et le Commentaire de Baguceau, *Baguelli Commentarius ad constitutiones et decisiones Justiniani*, etc., p. 395 et suiv.

L'action *commodati* et l'action *furti* ne sont pas fondées sur la même cause; ces deux actions ne doivent pas être dirigées contre la même personne. Ajoutez à cela qu'entre ces deux actions, l'une est pénale et l'autre ne l'est pas. Or, suivant la loi 130, ff. *de reg. jur.*, *numquam actiones, præsertim pœnales, de eadem re concurrentes, alia aliam consumit.*

Il est donc évident, sous quelque point de vue qu'on envisage la question, qu'après avoir échoué dans l'une de ces actions, le prêteur, propriétaire de la chose volée, eût pu, suivant la règle générale, former l'autre action, sans qu'on pût lui opposer l'exception de la chose jugée. Il est donc encore évident que la loi de Justinien qui le lui défend est une exception à la règle générale. C'est une disposition spéciale et particulière, contraire au droit commun, et qui ne doit pas être tirée à conséquence : *Quod vero contra juris rationem receptum est, non producendum ad consequentias*, dit fort bien le jurisconsulte Paul, dans son commentaire sur l'édit du préteur, loi 14, ff. *de legibus*, 1, 3.

182. Il serait donc aussi contraire aux règles du raisonnement qu'à celles de l'interprétation, qui doivent être les mêmes, d'étendre la décision de Justinien au delà de son objet particulier, pour en faire une maxime générale ou une règle de droit.

C'est cependant sur ce texte que les interprètes fondent principalement leur prétendue maxime, que dans le concours de plusieurs actions, l'exercice de l'une éteint les autres : *In concursu actionum alternativo si actio semel in judicium sit deducta, statim submovetur altera.*

C'est la conséquence que Brunnemann tire de la décision de Justinien. Nous croyons avoir prouvé que cette conséquence est d'une fausseté évidente.

183. Il n'est pas étonnant que Brunnemann, qui reçoit toujours sans examen ce qu'il trouve dans les anciens interprètes, ait admis ce faux raisonnement.

Le subtil président Favre, *audacissimus interpretum*, dit Gravina, a cru aussi devoir admettre la maxime que, dans le concours de plusieurs actions, le choix de l'une éteint les autres; mais il s'est bien gardé de la fonder sur la fausse induction de la loi 22, Cod., *de furtis;* il a cru lui trouver pour fondement un principe de raison, savoir : que celui qui a renoncé à ses actions ne peut plus les exercer. Or, suivant lui, le choix entre plusieurs actions qui nous appartiennent est une renonciation nécessaire, quoique implicite, aux autres : *Qui ex pluribus sibi competentibus actionibus, unam eligit, aliam, quam non eligit, repudiare intelligitur, in consequentiam necessariam.*

184. Or, ajoute-t-il, le regrès n'est plus permis à celui qui a renoncé à ses actions : *Repudiantibus autem, et remittentibus actiones suas, dandus non est regressus.* Et il prouve cette dernière proposition par la loi 14, § 9, ff. *de ædilitio edicto*, 21, 1, où l'on trouve écrit, en effet : *Remittentibus actiones suas, dandus non est regressus;* on ne doit pas accorder le regrès à ceux qui ont fait remise de leurs actions.

Mais il faut remarquer qu'il s'agit ici d'une renonciation ou remise expresse, et non d'une remise présumée. Voici l'espèce de la loi : L'édit des édiles ordonnait à ceux qui exposaient des esclaves en vente d'en déclarer ouvertement les vices ou les défauts, *palam pronuncianto.* Le vendeur répondait des vices qu'il n'avait point déclarés; mais s'il avait, en vendant, excepté certaine maladie des défauts qu'il était obligé de garantir, il fallait s'en tenir à la convention, parce que, dit Ulpien, on ne doit pas accorder le regrès à ceux qui ont fait remise de leurs actions : *Si venditor nominatim exceperit de aliquo morbo, et de cætero sanum esse dixerit, aut promiserit, standum est eo quod convenit : remittentibus enim actiones suas, non est regressus dandus.*

En effet, il est évident qu'en achetant, malgré l'exception faite, dans les conditions de la vente, de certain vice ou de certaine maladie, l'acheteur consentait à renoncer aux actions que la loi lui donnait à raison de ces vices ou de cette maladie. Il ne pouvait donc revenir à ces actions, contre la convention; car, comme l'enseigne le même Ulpien, il est permis de faire indistinctement des conventions contraires à l'édit des édiles, soit au moment même de la vente, soit depuis : *Pacisci contra edictum ædilium omni modo licet, sive in ipso negotio venditionis gerendo convenisset, sive postea.* (L. 31, ff. *de pactis*, 2, 14.)

Cette loi, ainsi que la loi 14, *de ædilitio edicto*, est tirée du commentaire d'Ulpien sur l'édit des édiles. Elles ont, l'une avec l'autre, une connexité évidente, ou plutôt l'une est la conséquence nécessaire de l'autre. Voici le raisonnement d'Ulpien : Il est permis de faire des conventions contraires aux dispositions de l'édit des édiles : donc il est permis de stipuler que le vendeur ne garantira pas certaine maladie ou certain vice de l'esclave exposé en vente, et puisque cette convention est licite, il faut l'observer; car on ne doit pas accorder le regrès à ceux qui ont fait remise de leurs actions.

A cette remise expresse et conventionnelle, dont parle Ulpien dans les lois citées, le président Favre compare le choix fait par un demandeur entre plusieurs actions qui lui appartiennent. Pour que la comparaison fût exacte, il faudrait qu'en faisant son choix, le demandeur eût nommément, *nominatim*, fait remise de ses deux autres actions, et si cette remise n'est pas exprimée, on ne peut plus tirer d'induction de la loi 14, § 9, *de ædilitio edicto*.

185. Mais, dit-il, cette remise est présumée par une conséquence nécessaire du choix fait par le demandeur, *per consequentiam necessariam.* C'est ce que nous ne pouvons accorder,

malgré le respect dû aux opinions de ce grand jurisconsulte. Nous croyons avoir prouvé, n° 175, qu'il est absolument faux, en bonne logique, que le simple choix de l'une des actions que la loi accorde au demandeur contienne la renonciation nécessaire aux autres actions, à moins qu'en faisant son choix il ne s'en soit formellement expliqué, ou que la loi ne l'ait ainsi ordonné expressément, dans un cas particulier, comme l'a fait la loi 22, C., *de furtis*.

C'est dans son commentaire, *rationalia*, sur la loi 9, § 1, *de tributoria actione*, que le président Favre prétend que le choix fait par un demandeur, entre plusieurs actions que la loi lui donne, contient, par une conséquence nécessaire, la remise des autres actions. Cette loi dit que le demandeur qui a contracté avec un esclave doit choisir entre l'action tributoire et l'action *de peculio*, parce qu'après son choix il ne pourra plus revenir à l'autre action, *cum scit sibi regressum ad aliam non futurum;* mais nous en avons dit la raison, en expliquant cette loi, n° 175. Ce n'est point la prétendue maxime, *electa una via*, etc., qui s'y oppose; ce n'est point parce que son choix contient la remise de ses deux autres actions, mais plutôt parce que les deux actions, l'action tributoire et l'action *de peculio*, étant fondées sur la même cause, l'autorité de la chose jugée ne permet pas, après avoir échoué dans l'une, de revenir à l'autre. C'est par application du principe sur l'exception de la chose jugée qu'Ulpien dit, dans cette loi, qu'après avoir exercé l'une des actions, il ne pourra revenir à l'autre: *cum scit sibi regressum ad aliam non futurum.*

Et, comme s'il avait craint qu'on ne se méprît sur le motif de cette proposition, il ajouta que si la seconde action était fondée sur une autre cause, le demandeur pourrait l'exercer : *Plane si quis velit ex alia causa tributoria agere, ex alia causa de peculio, audiendus erit.*

Ce qui nous paraît détruire complètement le raisonnement du président Favre, sur la prétendue remise des autres actions, présumée par le choix d'une première; car si le choix contenait la remise nécessaire de l'autre action, le demandeur ne pourrait plus l'exercer, quoique fondée sur une autre cause.

186. Personne n'est présumé renoncer à ses droits, s'il ne s'en est expliqué sans équivoque. Il n'appartient point aux juges d'interpréter, contre le demandeur, un fait, un choix, qui, de sa nature, n'entraîne point nécessairement la remise de ses autres actions; car le magistrat ne peut asseoir son jugement sur des présomptions que dans le cas où la loi le lui permet. Nous en avons un exemple dans le choix fait par un fils de famille exhérédé, mais à qui son père a fait un legs que l'héritier institué est chargé de délivrer, comme une condition de son institution.

Le fils a deux actions contre l'héritier institué : il peut attaquer le testament comme inofficieux; il peut aussi se borner à recevoir ou à demander son legs.

Si donc, connaissant le testament, il reçoit volontairement le legs, *si sciens accipit*, Ulpien demande, dans la loi 8, § 10, ff. *de inoffic. testam.*, 5, 2, s'il est exclu de l'action d'inofficiosité, *videndum est ne ab inofficiosi querela excludatur.*

La raison de le penser est qu'en recevant le legs, il paraît avoir approuvé le jugement du père de famille, *agnovit enim judicium.* Ulpien se décide en faveur de cette présomption; mais il ne se décide qu'en témoignant du doute : *Et potest dici excludi eum;* on peut dire qu'il est exclu.

Il y a donc aussi des raisons pour dire qu'il ne l'est pas.

Néanmoins, dans la loi 12, § 1, du même titre, Ulpien étend cette présomption au cas du choix fait par le fils de famille exhérédé, entre les deux actions que lui donnait la loi : *Si a statu libero* (l'esclave institué héritier), *exhæredatus pecuniam petere cœperit, videri agnovisse parentis judicium.* Cette présomption, qui n'était que la simple opinion d'un jurisconsulte, ce qu'on appelle une présomption de l'homme, fut érigée en présomption légale (1) par Justinien, qui inséra cette loi dans ses Pandectes.

Cette présomption, introduite avec tant de circonspection par Ulpien, était fondée sur des motifs très-plausibles; car la qualité de légitimaire et celle de légataire sont incompatibles. En recevant le legs, ou en le demandant, le fils de famille paraissait donc renoncer, en effet, à la légitime. Aussi voit-on que sa volonté seule, manifestée par la demande du legs, quoiqu'il ne l'eût pas encore reçu, suffisait pour faire prononcer sa déchéance de la légitime : *Si pecuniam petere cœperit.* Dès ce moment, l'héritier institué

---

(1) Mais ce n'est plus aujourd'hui une présomption légale, la loi du 30 ventôse an XII ayant ôté au droit romain sa force obligatoire. C'est ce qui nous a porté à dire, t. 5, n° 165, *in fine* (VI, éd. fr.), « que si l'hé» ritier légitimaire, et en même temps légataire, se » trouvant en concours avec un légataire universel, » laissait celui-ci s'emparer de la succession pour rece» voir de sa main le payement du legs que le défunt » lui a fait, la question de savoir s'il est exclu par là » de la demande en réduction dépendrait des circon» stances, et de la manière dont serait conçue la quit» tance qu'il aurait donnée à l'héritier institué ou léga» taire universel. »

Il faudrait, en effet, que les circonstances et les termes de la quittance fussent tels, que l'on en pût induire, sans équivoque, la renonciation au moins tacite du légitimaire à la demande en réduction. Les juges ne pourraient en prononcer la déchéance sur une simple présomption; car ils ne peuvent juger sur des présomptions que dans les cas où la preuve testimoniale serait admissible.

avait un droit acquis, que le changement de volonté du légitimaire ne pouvait lui ôter.

187. Il n'en est pas ainsi du choix que fait un demandeur entre plusieurs actions qui ne sont point incompatibles de leur nature. Ce choix de l'une n'annonce point la volonté de renoncer aux autres, s'il ne peut, par la première, obtenir ce qu'il demande. Aussi ne trouve-t-on aucun texte qui établisse que ce choix fasse présumer une renonciation aux autres actions. Nous persistons donc à penser que le raisonnement du président Favre n'est appuyé sur aucune loi, et que ce n'est qu'un paralogisme qu'il est bon de faire remarquer; car ce sont surtout les erreurs des grands esprits qu'il faut noter; celles des autres ne sont pas contagieuses.

188. Notre législation nouvelle, loin d'admettre des renonciations présumées, contre lesquelles ne peut revenir celui à qui on prétend les attribuer, permet, au contraire, à celui qui a fait une renonciation expresse, de revenir contre, jusqu'à ce que ceux à qui elle ouvrait un droit ne l'aient exercé. Nous en avons un exemple dans la renonciation faite au greffe, par un successible, à une succession à laquelle il était appelé.

Rien de plus exprès qu'une semblable renonciation, elle ouvre aux héritiers du degré subséquent le droit d'accepter la succession répudiée. C'est un droit qui leur est acquis; et cependant, tant qu'ils n'ont point exercé ce droit, le renonçant peut se repentir et accepter la succession qu'il avait répudiée. « Tant que » la prescription du droit d'accepter n'est pas » requise contre les héritiers qui ont renoncé, » ils ont la faculté d'accepter encore la succes- » sion, si elle n'a pas déjà été acceptée par » d'autres héritiers, etc. »

189. Bannissons donc sans retour le raisonnement du président Favre, qui prétend qu'en exerçant une des actions qui lui sont déférées pour la même chose, le demandeur renonce nécessairement aux autres, et qu'il ne lui est plus permis de revenir sur ses pas. Nous avons vu que les interprètes appuient cette doctrine sur de fausses inductions qu'ils tirent des lois citées, et notamment de la loi 22, § 1, Cod., *de furtis*, qui ne contient que la décision particulière d'un cas spécial, sur lequel il s'était élevé des doutes. Nous devons remarquer ici que cette décision n'était même pas suivie en France, ainsi que l'atteste Raviot, sur Perrier, tome 2, page 289.

A plus forte raison n'y suivait-on pas le brocard que Brunnemann donne comme une règle générale et qu'il induit de cette loi : *In concursu actionum alternativo, si actio semel in judicium sit deducta, statim submovetur altera.*

190. Cependant un jurisconsulte qui a rendu et rend encore de si grands services à la jurisprudence française adopte le raisonnement du président Favre, puis il ajoute : « Il n'est pas » douteux que cette règle, énoncée par Brun- » nemann, n'ait encore lieu dans notre juris- » prudence, pour les cas où différentes actions, » dérivant de la même source, sont offertes » alternativement à une partie, pour atteindre » son objet. »

Il nous est impossible de partager cette opinion, que l'auteur entreprend de prouver par deux articles, d'où il tire une conséquence qui ne nous paraît pas exacte.

« Par exemple, dit-il, l'art. 1638 du Code » civil porte que, si l'héritage vendu se trouve » grevé, sans qu'il en ait été fait de déclaration, » de servitudes *non apparentes*, et qu'elles soient » de telle importance qu'il y ait lieu de présu- » mer que l'acquéreur n'aurait pas acheté s'il » en avait été instruit, il peut demander la ré- » siliation du contrat, si mieux il n'aime se » contenter d'une indemnité. »

L'auteur conclut de cet article « qu'il est clair » que si, dans ce cas, l'acquéreur demande une » indemnité, il renonce au droit de faire résilier » le contrat, et que s'il demande la résiliation » du contrat, il ne peut plus réclamer une in- » demnité. »

Cela n'est pas douteux, si l'acquéreur persiste dans sa première demande; et s'il la fait juger par le tribunal où il l'a portée, de quelque manière qu'elle y soit jugée, il ne pourra plus revenir à l'autre action qu'il avait négligée; car s'il a demandé et obtenu une indemnité, la bonne foi ne lui permet pas de demander la résolution du contrat : *bona fides non patitur ut idem bis exigatur* (L. 57, ff. *de reg. jur.*); et s'il n'a pas obtenu l'indemnité qu'il demandait, l'exception de la chose jugée s'oppose à ce qu'il exerce l'action en résolution du contrat, qui, étant fondée sur la même cause prochaine que la demande en indemnité, savoir, sur le défaut de déclaration des servitudes non apparentes, n'est plus recevable après que la première action a été rejetée; et, dans ce cas, la déchéance de la seconde action n'est pas fondée sur la prétendue règle de Brunnemann, mais sur l'autorité de la chose jugée.

Mais si l'acquéreur, changeant de volonté, se désiste avant le jugement de l'action en indemnité, pour former sa demande en résolution du contrat, il en a sans doute le droit, à moins que sa demande en indemnité n'ait été acceptée; car alors il ne peut plus varier.

L'auteur fait le même raisonnement sur l'article 1644 du Code civil, qui porte que « dans » le cas des art. 1642 et 1643 (c'est-à-dire, » lorsque la chose vendue est infectée de vices » rédhibitoires), l'acheteur a le choix de rendre » la chose, et de se faire restituer le prix, ou » de garder la chose, et de se faire rendre une » partie du prix, telle qu'elle sera arbitrée *par* » *experts* (1).

(1) « Par le juge, d'après une expertise, » dit le Code belge.

» Il est également clair, dit l'auteur, que par » le choix qu'il fait de l'un de ces deux partis, » l'acheteur renonce à l'autre. » Pag. 575.

Oui, sans doute; mais peut il changer de volonté avant que ses offres soient acceptées? Peut-il se désister de l'action en indemnité, pour en revenir à l'action en résolution? C'est une question que ne décide point l'article 1644, et qui doit être résolue par ce que nous venons de dire sur l'article 1638.

191. Il nous semble d'autant plus étonnant que l'auteur ait élevé du doute sur ce point, sous l'empire du Code civil, que, contre les principes adoptés par plusieurs interprètes du droit romain, il a prouvé, et fort bien prouvé, pag. 582, n° 10, qu'en droit français, la demande en payement du prix d'une vente, formée par le vendeur après l'expiration du délai fixé par le pacte commissoire, n'élève aucun obstacle à l'exercice de l'action en résolution de la vente.

C'est une question importante, et sur laquelle nous avions commis une erreur que nous rétractons (1), d'après la solide discussion de Merlin.

Dans le cas du pacte commissoire, l'acquéreur, en droit romain comme en droit français, avait le choix de demander le prix de la vente, ou la résiliation du contrat; mais dans le droit romain, plusieurs interprètes d'un grand nom, et Merlin avec eux, pensent qu'après avoir demandé le prix de la vente, l'acquéreur est déchu de la demande en résolution du contrat.

Merlin observe que nous ne pouvons, sur ce point, prendre en France les lois romaines pour guides. « L'ancienne jurisprudence française, » dit-il, s'écartant, avec beaucoup de raison, » des subtilités du droit romain, avait mis en » principe, comme le fait également le Code » civil, que la clause résolutoire était toujours » sous-entendue dans le contrat de vente. »

C'est en effet ce qui résulte de l'article 1184, qui porte : « La condition résolutoire est tou- » jours sous-entendue, dans les contrats synal- » lagmatiques, pour le cas où l'une des deux » parties ne satisfera point à son engage- » ment, etc. »

L'art. 1654 applique ce principe général aux ventes : « Si l'acheteur ne paye pas le prix, le » vendeur peut demander la résolution de la » vente. »

Mais, pour y parvenir, il est obligé de sommer préalablement l'acquéreur de payer; et s'il n'y a pas eu de stipulation expresse que le contrat serait résolu faute de payement du prix, dans le délai convenu, le juge peut, après la sommation de payer, accorder un délai, suivant les circonstances.

Au contraire, « s'il a été stipulé, lors de la » vente d'immeubles, dit l'art. 1656, que, faute » de payement du prix dans le terme convenu, » la vente serait résolue de plein droit, l'ac- » quéreur peut néanmoins payer, *après l'expi-* » *ration du délai, tant qu'il n'a pas été mis en* » *demeure par une sommation;* mais après cette » sommation, le juge ne peut pas lui accorder » de délai. »

« Cela posé, dit fort bien Merlin, il est d'abord certain que, dans le cas où la clause résolutoire n'est que sous-entendue, l'action en résolution de la vente peut encore être exercée après que le vendeur a vainement tenté, par l'action en payement du prix, de forcer l'acheteur à remplir ses engagements. Cela résulte de ce que j'ai dit plus haut, sur les dispositions de l'article 1184, qui sont communes à tous les contrats synallagmatiques; et plus spécialement encore de l'article 1655, qui, lorsque la résolution de la vente n'a pas été expressément stipulée par le contrat, n'autorise le juge à la prononcer qu'après que le vendeur a épuisé les moyens qu'il avait de se faire payer.

» C'est, d'ailleurs, ce qu'ont jugé formellement deux arrêts de la cour royale de Paris, l'un du 11 mars 1816, rapporté par Sirey, tom. 17, partie 2, pag. 1; l'autre dont je ne connais pas la date précise, mais qui a été rendu en novembre ou décembre 1819, et par lequel a été confirmé un jugement contradictoire du tribunal de première instance du département de la Seine, du 20 mai 1818, entre les syndics de la faillite de Jean Dony, cessionnaire du sieur Contamine, et le sieur Bourdin, créancier du sieur de Montaignac. »

Mais, ajoute Merlin, ne faut-il pas aller plus loin, et dire que, même dans le cas où il y a eu, par contrat, stipulation expresse de la résolution de la vente, faute de payement du prix dans le terme convenu, le vendeur peut encore, après avoir inutilement poursuivi l'acheteur à fin de payement, revenir à l'action résolutoire, non-seulement contre l'acheteur personnellement, mais même contre un tiers acquéreur?

On sent en effet que, dans ce cas, on ne peut plus opposer au vendeur, comme on le faisait sous le droit romain, que par sa demande en payement du prix il a renoncé à son action résolutoire, puisqu'aux termes de l'art. 1656 son action résolutoire a dû nécessairement être précédée d'une sommation en payement.

(1) T. 3 (VI, éd. fr.), n° 370, où nous disions, d'après Pothier et Voet, « que si, dans le commandement » en sommation, le créancier, le vendeur, par exemple, » s'était borné à sommer l'acquéreur de payer le prix » du contrat ou les intérêts, il serait censé avoir renoncé » à la résolution, etc. »

Il est évident, par la disposition de l'article 1656, que cette sommation est un préliminaire nécessaire pour faire prononcer la résolution du contrat de vente. Or, si elle en est un préliminaire, il s'ensuit nécessairement qu'elle n'opère pas la déchéance de la demande en résolution.

C'est, au surplus, ce qu'a jugé bien positivement un arrêt de cassation du 2 décembre 1811, rapporté, avec les conclusions sur lesquelles il a été rendu, dans le *Répertoire de jurisprudence*, au mot *Résolution*.

Cette démonstration nous paraît complète, et nous regardons comme un point de droit incontestable que, même dans le cas d'une clause résolutoire expressément stipulée, le vendeur de l'immeuble, après en avoir demandé le prix, peut encore revenir à l'action résolutoire, *même contre un tiers acquéreur*.

192. Le Code n'admet donc ni la prétendue règle de Brunnemann, ni la présomption sur laquelle le président Favre l'appuie, et nous avons été surpris de voir un jurisconsulte aussi savant que Merlin enseigner qu'il n'est pas douteux que cette règle n'ait encore lieu dans notre jurisprudence, et vouloir en faire l'application aux articles 1638 et 1644 du Code.

Elle ne nous paraît pas plus applicable à l'article 1610, qui porte que : « Si le vendeur manque à faire la délivrance dans le temps convenu entre les parties, l'acquéreur pourra, *à son choix*, demander la résolution de la vente, ou sa mise en possession, si le retard ne vient que du fait du vendeur. »

Nous pensons que, dans ce cas, comme dans tous les autres où la loi donne plusieurs actions au demandeur, il peut, après avoir formé l'une des actions, s'en désister pour revenir à l'autre; en un mot, que la règle *electa una via, non datur regressus ad alteram*, n'a lieu, chez nous, que dans les cas où l'exception de la chose jugée s'oppose à la seconde action, conformément aux dispositions de l'art. 1351.

193. Nous pensons encore avec Merlin, pag. 577, que le vendeur d'un immeuble qui, pour conserver son privilége, a pris une inscription hypothécaire qu'il croyait valable, mais qui se trouve nulle, peut encore, après s'être présenté à l'ordre comme créancier dûment inscrit, et avoir demandé sa collocation sur le prix de l'immeuble, lorsqu'il est averti de la nullité de son inscription, conclure à ce que le contrat de vente soit résolu, suivant le droit qu'en donne à tout vendeur non payé l'article 1654 du Code civil.

C'est une conséquence nécessaire des principes que nous avons exposés. Il y a même, dans cette espèce, un motif de plus pour en faire l'application : car, en se présentant à l'ordre en vertu de son inscription qu'il croyait valide, le créancier s'est trompé. On ne peut pas dire qu'il ait fait un choix, en prenant une voie qui ne lui était pas ouverte, un moyen qui réellement n'existait pas, puisque son inscription était nulle aux yeux de la loi. Or, les interprètes mêmes qui, tels que Brunnemann et le président Favre, établissent en règle générale le brocard, *in concursu actionum alternativo, si actio semel in judicium deducta sit, statim submovetur altera*, enseignent qu'il est sans application, et que la variation est admise sans difficulté, toutes les fois qu'à la voie qu'on a choisie il s'oppose un obstacle de droit qui devait en paralyser l'effet : *Si sint duæ viæ*, dit Brunnemann, sur la loi 12, ff. *de inoff. testam., quarum una alterius electione tollitur, si prima electa non poterit de jure sortiri effectum, potest secunda via ambulari.... et hæc regula est valde utilis, quotiescumque electio unius remedii est inutilis et effectum habere non potuit; restat alterum remedium, licet alias electione unius alterum tollatur.* Le président Favre en donne la raison subtile que nous avons indiquée : c'est qu'on ne peut pas dire qu'il existe un choix réel entre deux actions, dont l'une seule nous appartient.

Merlin, qui développe ce point avec sa sagacité ordinaire, n° 6, pag. 575 et suiv., en conclut avec beaucoup de raison que la cour de cassation s'est écartée des principes, en maintenant, le 16 juillet 1818, un arrêt qui avait jugé qu'un sieur de Rachais, vendeur d'un immeuble saisi sur l'acquéreur, et revendu sur lui par expropriation forcée, s'était rendu non recevable à demander la résolution de la vente par lui faite au saisi, en se pourvoyant dans l'ordre, en vertu d'une inscription hypothécaire nulle, qu'il croyait valide.

Voici les considérants de la cour de cassation :

« Attendu que le sieur de Rachais, au lieu d'intenter l'action en résiliation, étant intervenu dans l'instance de saisie immobilière, sans demander la distraction; s'étant pourvu dans l'ordre, pour être colloqué sur le prix de son adjudication; ayant ainsi approuvé la vente, s'est rendu non recevable dans sa demande en résolution de la vente par lui faite; la Cour rejette le pourvoi. »

La censure que fait de cet arrêt Merlin, pag. 578, est tellement solide et tellement lumineuse, que nous croyons devoir y renvoyer le lecteur, sans y rien ajouter, nous bornant à observer que, dans nos principes, il existe une raison de plus contre cet arrêt, puisque nous croyons avoir prouvé que la fausse maxime des interprètes, *electa una via, non datur recursus ad alteram*, n'est point reçue en France, à moins que ce ne soit en conséquence de l'autorité de la chose jugée.

Cette prétendue maxime ne peut donc être opposée, comme fin de non-recevoir, contre la seconde action, même fondée sur la même cause que la première, qui n'a point encore été jugée, et dont le demandeur s'est désisté pour en former une autre; ni à la seconde action, formée après le jugement de la première, mais sur une autre cause.

194. La troisième condition, requise pour admettre l'exception de la chose jugée contre une nouvelle demande, est qu'elle soit *entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles, en la même qualité*.

Cette troisième condition, encore tirée du droit romain, n'est pas moins conforme à la raison que les deux précédentes. C'est une conséquence nécessaire du grand principe, du principe invariable dont on ne doit jamais s'écarter sous aucun prétexte, dont on ne s'est jamais écarté dans l'ordre judiciaire : On ne doit jamais condamner personne sans l'avoir entendu : *ne inauditus condemnetur.*

Un jugement, où je n'ai été ni partie, ni appelé, ne peut donc m'être opposé sans injustice. Que la question à juger soit la même, qu'elle soit fondée sur la même cause, il n'importe : si je n'ai pas été appelé au jugement, si je n'ai pas été entendu, rien n'est jugé contre moi.

195. De là cette maxime de raison, si souvent répétée, que la chose jugée entre d'autres personnes ne peut ni nuire ni profiter à des tiers : *Res inter alios judicatæ, neque emolumentum afferre his, qui judicio non interfuerunt, neque præjudicium solent irrogare.* (L. 2, Cod., *quibus res judicat. non nocet*, 7, 56.)

J'ai déposé un meuble précieux entre les mains de Titius, qui laisse en mourant Primus et Secundus, ses deux fils, pour seuls héritiers. Je cite Primus en justice, pour lui demander, en qualité d'héritier de son père, la restitution du dépôt. Le juge décide qu'il n'a pas été fait, et qu'il ne m'est rien dû. Je puis, par une seconde action, former la même demande contre Secundus, sans qu'il puisse la repousser par l'exception de la chose jugée. (L. 22, ff. *de except. rei judic.*, 44, 2.)

Primus et Secundus ont trouvé, dans la succession de leur père, un billet par lequel j'ai promis de lui rendre 4,000 francs qu'il m'a prêtés. Primus me demande cette somme, ou du moins la moitié qui lui appartient. Je dénie ma signature, et après la vérification ordonnée, le jugement définitif rejette la demande, par le motif que le billet n'est pas de mon écriture.

Secundus forme contre moi la même demande, en vertu du même billet. Je ne puis lui opposer l'exception de la chose jugée, parce qu'il n'a été ni partie, ni appelé (1) au premier jugement (2).

196. Cette décision, sur laquelle les jurisconsultes n'élèvent aucun doute, peut cependant conduire à voir rendre, sur une demande dont l'objet est le même, et qui est fondée sur la même cause, sur le même titre, deux jugements diamétralement contraires, l'un qui déclare le billet nul, l'autre qui le déclare valide : d'où résultera nécessairement que l'un des deux est injuste, soit en refusant ce qui était dû, soit en accordant ce qui ne l'était pas. Les juges éprouveront le sentiment pénible que donne une décision inique dans le fait, quoiqu'elle ne le soit pas dans l'intention. Le respect pour les tribunaux en sera affaibli; car, si l'opinion publique est blessée, lorsque, dans des causes analogues, les tribunaux prononcent d'une manière opposée, que sera-ce quand cette contrariété aura lieu dans la même cause, sur le même objet, sur des questions identiques, sur le même titre? C'est un véritable scandale, qui cependant ne peut être qu'apparent.

Mais apparent ou vrai, ce scandale ne peut être une raison suffisante pour violer la première règle de justice ; pour me condamner sans m'entendre, en m'appliquant la décision d'un jugement où je n'ai été ni partie ni appelé ; pour s'exposer, si l'on peut ainsi parler, à fermer la porte à la vérité. Ne puis-je pas avoir, ne doit-on pas même présumer que j'ai des moyens nouveaux, de nouvelles preuves omises dans la première instance, puisque j'ose braver le préjugé qu'élève contre moi la première décision, en présentant aux mêmes juges la même question à juger une seconde fois? En un mot, personne ne doit être condamné sans avoir été entendu. On ne peut donc, sans violer la première règle de justice, opposer l'exception de la chose jugée à celui qui n'a été ni partie ni appelé au jugement rendu contre un tiers.

197. L'application de ce principe peut faire naître des doutes, qui se dissipent avec un peu de réflexion. En voici un exemple tiré de la loi 16, ff. *qui potiores*, etc., 20, 4. Cet exemple est d'autant plus remarquable qu'il peut se présenter sous notre nouvelle législation.

Claudius Félix avait successivement hypothéqué le même fonds à trois créanciers différents. Une contestation de préférence s'éleva entre le troisième et le premier. Celui-ci perdit son procès, *superatus est*, et n'appela point du jugement, qui acquit contre lui l'autorité de la chose jugée.

Le second créancier, au contraire, qui avait aussi succombé dans une autre contestation de préférence contre le troisième créancier, avait conservé son droit par un appel.

On demandait donc si le troisième créancier, qui avait fait exclure le premier par un jugement passé en force de chose jugée, devait l'emporter sur le second. Les opinions furent partagées; les uns disaient que le troisième créancier devait être préféré, comme s'il avait été subrogé

(1) Il en serait autrement s'il avait été appelé au premier jugement et qu'il eût laissé défaut. *Voy.* l'art. 153 du Code de procédure.

(2) *Voy.* un arrêt de la cour de cassation, du 2 vendémiaire an XI.

Un arrêt de cassation, du 12 janvier 1814, a décidé qu'un jugement rendu contre un héritier personnellement n'a aucun effet à l'égard de ses cohéritiers, et que ceux-ci ne sont pas recevables à y former tierce opposition ;

Que la tierce opposition n'a pas l'effet de remettre en question ce qui a déjà été jugé entre les parties, à moins que la matière ne soit indivisible.

aux droits du premier, en le payant *de sua pecunia* (1).

Le jurisconsulte Paul, au contraire, trouva cette opinion injuste, par le motif que l'effet du jugement rendu en faveur du troisième créancier n'avait pas été de le subroger aux droits du premier, mais d'exclure celui-ci, et que la chose jugée ne peut nuire ni profiter à un tiers : *Nec inter alios res judicata alii prodesse aut nocere solet.* Il en conclut que, sans préjudice du premier jugement, le droit du second créancier reste entier : *Sine prœjudicio prioris sententiœ, totum jus alii creditori* (*nempe secundo*) *integrum relinquitur.*

Paul se borne à cette décision très-juste, sans en développer le résultat, que les conséquences du principe qu'il établit font assez apercevoir, si l'on écarte les nuages dont les glossateurs l'ont entouré (2).

Si le droit de Secundus reste entier, il ne peut être primé par Tertius; mais aussi Secundus ne peut prétendre la préférence sur Primus, parce qu'il ne peut invoquer à son profit la chose jugée en faveur de Tertius.

D'un autre côté, ce jugement doit conserver sa force contre Primus, en faveur de Tertius. C'est sans préjudice de ce jugement que Secundus conserve son droit en entier. Qu'en résultera-t-il donc? Une chose fort juste ; on prendra, sur le prix du fonds hypothéqué, d'abord ce qui est dû à Primus; 2° ce qui est dû à Secundus, dont le droit reste entier. Mais Tertius, en vertu du jugement rendu en sa faveur, prendra ce qui revient à Primus, jusqu'à concurrence de sa créance seulement; Primus conservera le surplus, s'il y en a. Si, au contraire, sa créance est moindre que celle de Tertius, celui-ci ne recevra le surplus de ce qui lui reste dû qu'après le payement intégral de la créance de Secundus, dont le droit ne peut être ni augmenté ni diminué par le jugement qui exclut Primus en faveur de Tertius.

C'est de cette manière simple et juste qu'explique la loi citée un jurisconsulte consommé, qui réunissait à une théorie éclairée de la science du droit un grand usage des affaires pratiques et du barreau (3).

La décision de la loi citée peut encore trouver aujourd'hui son application, en adaptant l'espèce à notre nouvelle législation.

Caïus hypothèque le même fonds à trois créanciers, à Primus pour 4,000 francs, à Secundus aussi pour 4,000 francs, à Tertius pour 8,000 francs. Tous les trois font successivement inscrire leurs créances au bureau des hypothèques. Caïus tombe en déconfiture. Le fonds hypothéqué est saisi et vendu. Dans l'instance d'ordre, Primus et Secundus, sans critiquer mutuellement les inscriptions l'un de l'autre, demandent à être colloqués, l'un au premier, l'autre au second ordre. Tertius conteste la validité des inscriptions des deux premiers créanciers, et les fait juger nulles. Primus néglige d'être appelant dans le délai prescrit, et le jugement passe, par conséquent, en force de chose jugée. Mais Secundus fait réformer le jugement en ce qui le concerne, et conserve ainsi son rang d'hypothèque.

Comment doivent être distribués les deniers de la vente?

Le jugement qui annule l'inscription de Primus empêche celui-ci de primer Tertius, parce qu'à son égard il n'est plus créancier hypothécaire.

Mais Secundus ne peut invoquer ce jugement, pour se placer au premier rang : *Res judicata alii prodesse non potest.* Il n'a point été décidé en sa faveur que l'inscription de Primus soit nulle ; il ne l'a point attaquée : elle doit donc subsister à son égard. Cependant le jugement obtenu par Tertius doit conserver sa force contre Primus, et l'exécution en est facile : on prendra en premier ordre les 4,000 francs dus à Primus; cette somme reviendra à Tertius, en vertu du jugement qu'il a obtenu. Secundus prendra ensuite, au deuxième ordre, les 4,000 francs qui composent sa créance intégrale, et Tertius aura, au troisième ordre, les 4,000 francs qui lui restent dus, si le prix de la vente est suffisant.

Il résulte de ce que nous venons de dire que, dans cette espèce, Primus n'est que créancier chirographaire à l'égard de Tertius, et qu'il est hypothécaire relativement à Secundus. Il n'y a rien en cela d'incompatible; c'est une conséquence de la règle, *res judicata alii prodesse non potest.* Nous reviendrons sur ce point.

198. Il est assez évident que l'autorité de la chose jugée a lieu pour et contre ceux qui, sans avoir été personnellement parties au jugement, y étaient représentés par un mandataire ou procurateur, par leurs tuteurs, curateurs, ou autres administrateurs légitimes; pour et contre les femmes représentées par leurs maris, lorsqu'il s'agit de l'administration des biens, ou des actions mobilières ou possessoires, qui appartiennent à leurs épouses. Il y a, dans tous ces cas, identité morale des parties.

199. L'autorité de la chose jugée a encore

---

(1) Ils se gardaient bien, dit Cujas sur cette loi, de s'appuyer de la maxime *si vinco vincentem te, a fortiori vincam te*; maxime fausse, *si non sit eadem ratio vincendi Primi et Secundi*; ce qui n'existe pas dans l'espèce de la loi. Cujas s'étend beaucoup sur cette maxime, dont il fait voir le ridicule abus par l'exemple du sophisme d'Androcide à Alexandre : *Si vinum cicutœ venenum est, et cicuta homini, multo magis vinum homini venenum est.*

(2) *Voy.*, outre Accurse, Bartole et Bachovius, *de Pign. et hyp.*, lib. 3, cap. 15.

(3) Huberus, *Prœlectiones juris civilis*, lib. 20, tit. 4, n°s 30 et 31.

lieu, par la même raison, pour ou contre les successeurs de celui qui était partie ou dûment appelé au jugement.

On n'en peut douter, à l'égard des héritiers ou successeurs à titre universel, *qui hæredum loco habentur*, puisqu'ils représentent la personne de leur auteur, et succèdent à tous ses droits actifs et passifs, quels qu'ils soient.

Mais de plus, dans les matières réelles, le jugement rendu pour ou contre le propriétaire d'un immeuble a également l'autorité de la chose jugée pour ou contre *ses ayants cause* (1), c'est-à-dire ceux qui lui succèdent, quoiqu'à titre singulier, dans la propriété de l'immeuble qui a fait l'objet du procès. C'est une conséquence de la règle, *quod ipsis qui contraxerunt obstat, et successoribus eorum obstabit*, que nous avons expliquée ailleurs.

Par exemple, si vous avez succombé dans la revendication du fonds Cornélien formée contre Pierre, le jugement rendu en sa faveur aura contre vous, en faveur de son acquéreur, l'autorité de la chose jugée. (L. 11, § 3, ff. *de except. rei jud.*)

Si j'ai demandé à mon voisin la destruction d'un ouvrage qui faisait refluer les eaux sur mon héritage, le jugement, quel qu'il soit, aura, en faveur de l'acquéreur de l'un des deux héritages, l'autorité de la chose jugée. (D. L., § 9.)

Les lois citées sont dans l'espèce d'un successeur ou ayant cause à titre onéreux; mais il n'est pas douteux qu'elles s'appliquent également aux successeurs singuliers à titre gratuit; par exemple aux donataires, car ils sont les *ayants cause* du donateur (2).

Par exemple, si j'ai fait juger contre vous que le fonds Cornélien ne vous appartenait pas, et que vous renouveliez votre demande contre celui auquel je l'ai donné depuis, mon donataire, comme étant mon ayant cause, pourra vous opposer l'exception de la chose jugée.

La raison en est, suivant Pothier, que comme, dans une convention relative à une chose qui nous appartient, nous sommes censés stipuler et promettre, tant pour nous que pour nos héritiers, successeurs et ayants cause, et qu'en conséquence, le droit qui résulte de cette convention passe, avec la chose, à tous nos héritiers, successeurs et ayants cause; de même, quand nous plaidons une question relative à un immeuble qui nous appartient, nous sommes censés plaider tant pour nous que pour nos ayants cause ou successeurs à cet immeuble, quels qu'ils soient; et, par conséquent, le droit qui résulte du jugement rendu sur cette contestation doit passer à tous nos successeurs et ayants cause. *Eadem enim causa debet esse ratio judiciorum in quibus videmur quasi contrahere, ac conventionum*, dit fort bien Pothier, n° 904, section *de l'Autorité de la chose jugée.*

Si l'ayant cause peut opposer le jugement rendu en faveur de son auteur, dans les matières réelles, on peut aussi, réciproquement, lui opposer le jugement rendu contre ce même auteur, lorsque ce jugement est antérieur à l'époque où l'ayant cause a acquis les droits de son auteur, mais non s'il est postérieur.

Pierre avait revendiqué contre vous le fonds Cornélien; son action a été repoussée; et nonobstant ce jugement, il me l'a spécialement hypothéqué pour sûreté d'une somme de 3,000 fr. Si je veux exercer contre vous l'action hypothécaire, vous pourrez la repousser par l'exception de la chose jugée contre Pierre, avant qu'il m'ait consenti une hypothèque, et je ne serai pas reçu à prouver que Pierre était propriétaire, et qu'il m'a conséquemment valablement constitué une hypothèque.

Mais s'il me l'avait constituée avant le jugement rendu en votre faveur, vous ne pourriez repousser mon action hypothécaire par l'exception de la chose jugée, et je serais reçu à prouver que Pierre était propriétaire à l'époque de la constitution de mon hypothèque, quoiqu'il ait cessé de l'être depuis. (L. 11, § 10; L. 29, § 1, ff. *de except. rei judic.*; L. 3, ff. *de pign. et hyp.*, 20, 1; Pothier, section *de l'Autorité de la chose jugée*, n° 905.)

Si superatus sit debitor, qui rem suam vindicabat, quod suam non probaret, æque servanda erit creditori actio Serviana, probanti res in bonis illius eo tempore, quo pignus contrahebatur, fuisse. (L. 3, ff. *de pign. et hyp.*, 20, 1.)

Si je ne puis faire cette preuve, mon hypothèque s'évanouira avec le droit de celui qui l'avait constituée; car, suivant l'art. 2125 du Code, « ceux qui n'ont sur l'immeuble qu'un droit suspendu par une condition, ou résoluble dans certains cas, ou sujet à rescision, ne peuvent consentir qu'une hypothèque soumise aux mêmes conditions, ou à la même rescision et résolution. »

200. Quoique l'exception de la chose jugée passe de la personne du vendeur à celle de l'acquéreur, elle ne peut réciproquement passer de la personne de l'acquéreur à celle du vendeur; car, si l'acquéreur représente le vendeur, à la propriété duquel il succède, le vendeur ne peut plus représenter l'acquéreur : *Julianus scribit exceptionem rei judicatæ a persona auctoris ad emptorem transire solere; retro autem ab emptore ad auctorem reverti non debere.* (L. 9, § 2, ff. *de except. rei judic.*, 44, 2.)

Voici l'exemple qu'en donne cette loi : Vous avez vendu un fonds de l'hérédité, *hæreditariam rem;* je le revendique contre l'acquéreur, et je l'en évince. Si vous venez le revendiquer contre moi, je ne pourrai vous opposer l'exception

---

(1) « Exceptio rei judicatæ nocebit ei qui in dominium successit ejus qui judicio expertus est. » (L. 28, ff. *de except. rei jud.*, 44, 2.)

(2) Pothier, n°s 900-910, édit. Tarlier, t. 1, p. 268.

de la chose jugée contre votre acquéreur.

Si donc l'acquéreur, au lieu d'appeler le vendeur en garantie, soutient seul le procès, par l'issue duquel il est évincé, le vendeur, en sa qualité d'héritier, pourra revendiquer le fonds dont son acquéreur a été évincé, sans qu'on puisse lui opposer, ni l'exception de la chose jugée, parce qu'il n'était point partie au procès, ni la vente qu'il avait consentie : ce serait exciper du droit d'autrui.

Si, au contraire, j'ai succombé dans la demande que j'ai formée contre votre acquéreur, et que je forme une seconde action contre vous, en votre qualité d'héritier, vous ne pourriez m'opposer la chose jugée en sa faveur. *Item si victus fuero, tu adversus me exceptionem non habebis.* (L. 10, ff. *de except. rei judic.*)

Ce jugement est, à votre égard, *res inter alios judicata, quæ tertio non nocet neque prodest* (1).

201. Ce principe, que l'autorité de la chose jugée n'a point lieu à l'égard des personnes qui n'ont pas été parties au jugement, et qui ne sont pas les successeurs de l'une des parties, concourt souvent avec le principe précédemment expliqué, que l'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de la chose même sur laquelle le jugement a statué.

Dans l'exemple d'un père de deux enfants qui trouvent dans sa succession un billet de 4,000 francs qu'il m'avait prêtés, le jugement rendu contre l'aîné, qui m'avait demandé la restitution de cette somme ou de la moitié, ne peut être opposé au puîné, qui forme contre moi la même demande, parce qu'il n'était point partie au jugement; mais on peut dire aussi que la chose demandée n'est pas la même; car la division de la créance de 4,000 francs s'étant faite de plein droit entre les deux frères, ce sont désormais deux créances différentes, quoique fondées sur le même titre. Le premier frère ne demandait que la moitié de l'ancienne créance, qui lui était devenue propre. Le jugement rendu contre lui ne peut donc être opposé à l'autre frère, non-seulement parce qu'il n'y était point partie, mais encore parce que la somme qu'il demande n'est plus la même. *Mutatio personarum, cum quibus singulis suo nomine agitur, aliam atque aliam rem facit*, dit fort bien, à ce sujet, le jurisconsulte Paul, L. 22, ff. *de except. rei judic.*

Pareillement, lorsqu'un créancier a laissé plusieurs héritiers, le débiteur qui a obtenu congé de la demande formée par l'un d'eux, pour sa part, ne peut opposer ce jugement aux demandes formées par les autres héritiers, pour leurs parts; c'est, à leur égard, non-seulement *res inter alios judicata*, mais de plus, la chose demandée par chacun d'eux n'est plus la même (2).

202. Mais, dans le cas d'une dette solidaire entre plusieurs débiteurs, le jugement rendu contre le créancier qui s'était adressé à l'un d'eux a-t-il l'autorité de la chose jugée en faveur des autres? Peuvent-ils repousser, par l'exception de la chose jugée, la nouvelle demande qu'il voudrait leur former? L'affirmative nous paraît une conséquence directe des principes reçus en matière de solidarité; la dette solidaire n'est qu'une seule et même dette (3); elle est due en totalité par chacun des débiteurs; elle provient de la même cause : *Ex una stirpe, unoque fonte unus effluxit contractus, vel debiti causa ex eadem actione apparuit.* (L. ult., Cod., *de duobus reis*, 8, 40.)

D'un autre côté, lorsque plusieurs personnes s'obligent solidairement, par un seul et même contrat, à une seule et même dette, elles entrent par là même en société, pour ce qui concerne cette dette. Elles se chargent mutuellement, par un mandat tacite, mais réel, de payer les unes pour les autres; ou, comme porte la disposition finale de l'article 1216, elles sont *cautions* les unes des autres. Celui des débiteurs qui paye seul pour les autres agit donc tant pour lui que pour ceux dont il paye la part. S'il reconnaît seul la dette, il la reconnaît tant en son propre nom que dans celui de ses codébiteurs, en vertu de leur mandat tacite. Ainsi, en agissant contre un seul, le créancier agit contre le mandataire de tous. C'est même pour n'être pas obligé d'agir contre chacun d'eux séparément que le créancier a stipulé la solidarité. Le jugement qui intervient doit donc produire son effet contre tous, comme en faveur de tous. Ici se trouvent les trois conditions exigées pour donner lieu à l'autorité de la chose jugée : identité de chose, identité de cause, enfin identité de personnes (4).

203. Si le jugement rendu contre l'un des débiteurs solidaires a son effet contre tous les autres codébiteurs, comme il ne paraît pas qu'on

(1) Ainsi donc ce qui a été jugé à l'égard de l'ayant cause ne peut nuire ni profiter à l'auteur. Le jugement rendu entre le propriétaire et le sous-locataire n'a point force de chose jugée contre le locataire principal qui n'y a point été partie (L. 9, § 2, ff. *de except. rei judicat.*; Dalloz, v° *Chose jugée*, n° 194; Paris, 30 janvier 1810.)

(2) *Voy.* L. 25, ff. *de statu hom.*; L. 3, *de agnosc.*; L. 2 et 4, *eod.*, *quib res jud. non noc.*; L. 39, § 1er, ff. *de lib. caus.*; L. 50, au C., *eod.*; Vinnius, Inst., *de act.*, n° 1; Huberus, *ibid.*, n° 1; Heral, *de re judic.*

(3) Pothier, nos 272 et 273; édit. Tarlier, t. 1, p. 68. *Voyez* aussi ce que nous avons dit, t. 3 (VI, éd. fr.), n° 729.)

(4) *Voy.* Henrys, t. 2, liv. 4, quest. 40; Voet, *ad Pandectas, de except. rei jud.*; Pothier, *des Oblig.*, nos 908 et suiv.; *Répert.*, v° *Consorts*, n° 4; Brillon, v° *Solidarité*; Carré, *Lois de procéd.*, n° 1718. Duranton, *Traité des Obligations*, nos 1995 et 1996, enseigne une doctrine contraire. Dalloz, n° 203, essaye de concilier les deux opinions

en puisse douter, il en résulte qu'il est exécutoire contre tous, et contre chacun d'eux; mais nous pensons, par argument de l'article 877, que le créancier doit le faire signifier, huit jours au moins avant l'exécution, à ceux contre lesquels il entend la poursuivre.

Et, par une conséquence ultérieure, on doit dire que le délai de trois mois, accordé pour l'appel qu'ils ont, sans contredit, le droit d'interjeter, ne commence à courir contre eux que du jour de la signification qui leur a été faite à personne ou domicile, conformément à l'article 443 du Code de procédure, quand même le jugement aurait acquis la force de chose jugée à l'égard de celui contre lequel il a été rendu.

Car l'acquiescement même formel de l'un des débiteurs solidaires au jugement rendu, même contradictoirement, contre tous, ne peut pas plus priver les autres du droit d'en appeler, que la reconnaissance de la dette, faite par l'un d'entre eux, ne peut ôter aux autres le droit de faire annuler ou rescinder l'acte ou le contrat qu'on leur oppose pour prouver la dette solidaire. Cette reconnaissance ne peut lier que celui qui l'a faite.

204. Si le créancier dont la demande a été repoussée par le jugement avait des cocréanciers solidaires, le jugement rendu contre lui pourrait leur être opposé, car il avait droit et qualité d'agir pour tous, de recevoir pour tous, quoiqu'il n'eût le droit de faire remise que de sa part (art. 1197, 1198).

Mais les créanciers solidaires peuvent appeler du jugement rendu contre l'un d'eux, pourvu qu'ils soient encore dans les délais de l'appel. Néanmoins, si le cocréancier condamné n'était pas lui-même appelant, ou avait acquiescé au jugement, les autres ne pourraient obtenir de condamnation que déduction faite de sa part, qui ne peut leur revenir par droit d'accroissement.

205. La disposition de la loi, lorsqu'elle prononce la solidarité, opère les mêmes effets que la stipulation de solidarité.

206. Ce que nous venons de dire s'applique au cas où la solidarité de la dette et de la créance a été stipulée expressément par les parties, ou prononcée par la loi. Mais si la dette ou la créance est du nombre de celles qu'on appelle *indivisibles*, ou, pour parler plus clairemeu et plus exactement, dont le payement ne peut être divisé, c'est-à-dire fait partiellement (1), ce qui arrive, suivant l'article 1221, n° 5, « lorsqu'il » résulte, soit de la nature de l'engagement, » soit de la chose qui en fait l'objet, soit de » la fin qu'on s'est proposée dans le contrat, » que l'intention des contractants a été que la » dette ne pût s'acquitter partiellement, » dans ces cas, la loi ne prononce point littéralement la *solidarité* contre les débiteurs, en faveur des créanciers; mais la disposition finale de l'article cité dit *expressément* que « chaque » héritier (du débiteur) peut être poursuivi » pour le tout, sauf son recours contre ses co- » héritiers. »

Or, pour qu'une dette soit solidaire, il n'est pas nécessaire que le mot de *solidarité* soit écrit en toutes lettres (2). Ce n'est point une expression sacramentelle, qui ne puisse être remplacée par des équivalents. En disant que chaque débiteur peut être poursuivi *un seul pour le tout*, l'article cité fait plus, il désigne la solidarité par ses effets : il met le défini à la place de la définition : car la solidarité n'est pas autre chose que le droit de poursuivre un seul des débiteurs *pour le tout*. Prenons donc pour constant que, dans les cas dont parle le n° 5 de l'article 1221, il y a solidarité entre les débiteurs, et solidarité entre les créanciers. Les jugements rendus pour ou contre l'un des premiers doivent donc avoir l'autorité de la chose jugée contre ou pour tous les autres, et *vice versa*.

207. Ainsi l'enseigne Pothier (3). « Lorsque, » dit-il, la chose due à plusieurs... est quelque » chose d'indivisible, tel qu'*un droit de servi-* » *tude*, cette chose n'étant pas susceptible de » part, chacun est créancier du total, ou copro- » priétaire du total ; c'est pourquoi le jugement » rendu sur la demande que l'un d'eux a faite » de cette chose a eu pour objet la même chose » que la demande qu'en faisaient les autres ; » c'est *eadem res*. On peut dire aussi que ce ju- » gement n'est pas *res inter alios judicata*, à » l'égard des autres créanciers ou propriétaires » de cette chose; car l'indivisibilité de leur » droit avec le sien les fait regarder comme » étant avec lui *une même partie;* c'est donc » pourquoi ce jugement, à leur égard, a l'auto- » rité *de la chose jugée*. Lorsqu'il a été rendu en » faveur de leur copropriétaire ou cocréancier, » ils peuvent, de même que lui, s'en servir » contre la partie contre qui il a été rendu, et » s'il a été rendu contre leur copropriétaire ou » cocréancier, il peut être opposé contre eux » comme contre lui. »

Pothier n'a pris ici pour exemple que le cas où la chose due est un droit de servitude (4); mais la disposition finale de l'article 1221 doit faire étendre cette décision à tous les cas où,

---

(1) *Voy.* ce que nous avons dit, t. 3 (VI, éd. fr.), sur les obligations divisibles et indivisibles, et surtout n°s 774 et suiv.

(2) *Voy.* t. 3 (VI, éd. fr.), n° 721.

(3) *Traité des Obligations*, n° 908, éd. Tarlier, t. 1, p. 270.

(4) *Voy.* ce que nous avons dit, t. 3 (VI, éd. fr.), n° 796, sur les changements qu'apporte à cet exemple le principe du Code, qui veut que la propriété soit transférée par le seul effet des conventions.

suivant le n° 5 de cet article, le payement ne peut être fait partiellement. Nous les avons développés tom. 3 (VI, éd. fr.), n°s 774 et suivants.

208. Pothier observe avec raison que si le jugement avait été rendu par collusion, ceux à qui on voudrait l'opposer pourraient renouveler le procès. Il cite, à ce sujet, la loi 19, ff. *si servitus vind.*, 8, 5, dont la décision doit être étendue à tous les cas où celui à qui un jugement est opposé n'aurait pas été partie lui-même, mais seulement représenté par une autre personne.

209. L'obligation de la caution ou du fidéjusseur ne peut exister sans l'obligation principale (art. 2012). Le cautionnement ne peut même excéder ce qui est dû par le débiteur principal, ni être contracté sous des conditions plus onéreuses (art. 2013). Il suit de là que tous les jugements obtenus par le débiteur contre le créancier ont l'autorité de la chose jugée, en faveur de la caution.

On a donc considéré la caution comme étant la même partie que le débiteur, à l'égard de tous les jugements qui déclarent l'obligation principale acquittée, ou qui la rendent moins onéreuse (1).

Le créancier à qui la caution opposerait l'exception de la chose jugée avec le débiteur, ne pourrait pas répliquer que c'est *res inter alios judicata;* car l'obligation de la caution ne pouvant être plus onéreuse que celle du principal obligé, il s'ensuit qu'elle peut opposer toutes les exceptions que celui-ci peut opposer, et par conséquent l'exception de la chose jugée en sa faveur. S'il en était autrement, il en résulterait un circuit vicieux d'actions; car si le créancier, après avoir échoué contre le principal obligé, actionnait la caution, elle pourrait mettre en cause le principal débiteur, qui viendrait prendre la garantie pour elle, et repousser le créancier par l'exception de la chose jugée (2).

210. *Vice versa*, le jugement rendu contre le débiteur, en faveur du créancier, peut être opposé à la caution et déclaré exécutoire contre elle; mais elle peut s'en porter appelante. La loi 5, ff. *de appell.*, 49, 1, met les fidéjusseurs au nombre des personnes qui peuvent appeler d'un jugement, *fidejussores pro eo pro quo intervenerunt.* Les délais de l'appel ne courent que du jour où le créancier leur a fait notifier le jugement.

211. Mais, si le jugement est passé en force de chose jugée, ou rendu en dernier ressort, la caution pourra-t-elle l'attaquer par la voie de la tierce opposition, qui n'est accordée qu'aux personnes qui n'ont été ni parties ni appelées, et à ceux qui les représentent; à ceux, en un mot, qui se trouvent lésés par un jugement rendu contre d'autres personnes, et dont, par cette raison, ils ne pouvaient se porter appelants?

Car la règle générale est qu'on ne peut appeler d'un jugement rendu entre des tiers : *A sententia inter alios dicta appellari non potest.* (L. 5, ff *de appell.*, 49, 1.) On peut seulement y former une opposition fondée sur ce principe d'équité, si souvent rappelé : *Res inter alios judicata, tertio neque nocet, neque prodest,* fondé lui-même sur cette première règle de justice, que personne ne doit être condamné sans avoir été entendu.

Mais on ne peut faire rétracter que par la voie de requête civile les jugements où l'on a été partie, et ceux où figuraient en nom les personnes dont on est *l'ayant cause*, ou que l'on représente.

L'ordonnance de 1667, tit. 28, art. 1, portait que « les arrêts et jugements en dernier ressort » ne pourront être rétractés que par lettres en » forme de requête civile, à l'égard de ceux qui » auront été parties ou dûment appelés, de » leurs héritiers, successeurs ou ayants cause. »

L'article 474 de notre Code de procédure dit la même chose en d'autres termes : « Une par- » tie peut former tierce opposition à un juge- » ment qui préjudicie à ses droits, et lors du- » quel, ni elle ni *ceux qu'elle représente* n'ont » été appelés. »

La question de savoir si la caution peut former une tierce opposition aux jugements rendus contre le principal obligé dépend donc du point de savoir si elle est son *ayant cause,* si elle *le représente.*

Cette question se présenta, en 1811, à la cour de cassation, relativement à un arrêt rendu en 1786, sous l'empire de l'ordonnance de 1667. Elle fut, sur les conclusions du savant Daniels, résolue par une distinction sage.

Ou la caution emploie, au soutien de sa tierce opposition, des exceptions réelles, inhérentes à la cause, et que le débiteur principal lui-même a déjà employées ou pouvait employer; ou elle emploie des exceptions qui lui sont purement personnelles.

Au premier cas, la caution est véritablement *l'ayant cause* du débiteur principal; elle *le représente,* puisqu'elle se met à sa place, et ne fait qu'user des droits qui lui appartiennent. La caution ne peut alors, sur le fondement de pareilles exceptions, faire rétracter par tierce opposition le jugement qui condamne le débiteur. C'est la voie de la requête civile qu'il faut prendre.

Au second cas, si la caution se sert d'excep-

(1) Ainsi, le jugement qui, conformément à l'article 1244 du Code, accorderait des délais au débiteur principal, aurait l'autorité de la chose jugée en faveur du fidéjusseur; car, si le créancier avait la faculté de contraindre ce dernier avant l'expiration des délais accordés, ils deviendraient illusoires par le recours qu'exercerait la caution contre le principal obligé.

(2) Telle est aussi l'opinion de Dalloz, v° *Chose jugée*, n° 213.

tions personnelles, de moyens que n'avait pas le débiteur, et qui n'ont pu être appréciés avec lui, bien évidemment la caution ne demande point d'être mise au lieu et place du débiteur; elle ne peut même aucunement s'y trouver, puisqu'elle réclame au contraire de son chef; donc alors elle n'est point *l'ayant cause* du débiteur principal, elle ne le *représente* point; et ni l'article 1er du titre 35 de l'ordonnance de 1667, ni l'art. 474 du Code de procédure civile, ne repoussent, en cette espèce, la tierce opposition de la caution.

Dans l'espèce, l'exception employée par la caution, loin de lui être personnelle, était inhérente à la cause; elle avait été proposée par le débiteur principal, appréciée et jugée contradictoirement avec lui. L'arrêt qui l'avait admise fut donc cassé le 27 novembre 1811, « attendu que » la caution, en tant qu'elle emploie les exceptions réelles du débiteur principal, et déjà » jugées contradictoirement avec lui, ne peut » être considérée que comme son *ayant cause*, » puisque, par cela seul, elle se met à sa place, » et qu'elle veut se prévaloir de son droit; que, » par conséquent, elle doit également souffrir » toutes les exceptions qui les écartent, etc., » casse. »

212. Les légataires ne sont point les *ayants cause* ni les représentants de l'héritier institué; ils tiennent, comme lui, leur droit directement du testateur. Cependant, dans le droit romain, les jugements qui déclaraient nulle l'institution d'héritier pouvaient être opposés aux légataires, parce que tout ce qui était contenu dans le testament dépendait de l'institution d'héritier, par une conséquence de la maxime : *Nemo potest partim testatus, partim intestatus decedere.*

Mais les jugements rendus contre l'un des légataires ne pouvaient être opposés aux autres. C'était à leur égard *res inter alios judicata* (1).

Dans notre législation, le droit des légataires ne dépend point de l'institution d'héritier, qui peut être nulle, quoique les legs soient valides; par exemple, l'institution d'un incapable ne vicie point les legs faits, dans le même testament, à des personnes capables de recevoir. Ainsi, le jugement rendu contre l'héritier institué ne peut être opposé aux légataires, quand même le moyen qui a fait rejeter l'institution serait de nature à faire rejeter les legs, si les légataires avaient été appelés; par exemple, un vice de forme. Il n'y a ni identité de personnes, ni identité de choses.

213. Pour admettre l'exception de la chose jugée contre la seconde demande, ce n'est point assez qu'elle soit *entre les mêmes parties*; le Code exige de plus qu'elle soit formée *par elles et contre elles, en la même qualité;* disposition encore tirée du droit romain, qui exige aussi *ut sit eadem conditio personarum.*

Si donc j'ai formé contre vous une demande en qualité de tuteur de Titius, le jugement qui l'a rejetée ne m'empêchera point de la renouveler en mon propre et privé nom, et *vice versa.*

Après avoir échoué dans une action formée comme mandataire de Titius, je puis la renouveler en mon nom propre.

Le mari qui a succombé dans une action formée au nom de sa femme peut renouveler la même demande en son nom personnel, et *vice versa* (2).

214. Mais si les deux qualités sous lesquelles un demandeur prétendrait agir successivement s'étaient confondues dans sa personne avant la première demande, formée dans l'une de ces qualités, il ne pourrait plus les séparer pour former une seconde demande en l'autre qualité. Nous en avons donné un premier exemple, tiré d'Ulpien, *supra*, n° 169. En voici un second :

Titius, fils unique, héritier pur et simple de son père et de sa mère, forme contre moi, en qualité d'héritier de son père, une demande, qui est rejetée par un jugement en dernier ressort, ou passé en force de chose jugée. Il ne peut la renouveler en qualité d'héritier de sa mère. Ces deux qualités se trouvaient irrévocablement confondues en sa personne, par l'adition d'hérédité. Il ne peut plus les séparer. Ces successions ne forment plus qu'un seul et même patrimoine. Ce n'est plus désormais le droit de son père, le droit de sa mère qu'il peut réclamer; c'est son droit personnel, c'est sa propriété particulière; qu'elle lui soit venue de son père ou de sa mère, il n'importe : elle est devenue sienne : c'est elle qui est la cause prochaine de son action. Il peut sans doute, il doit même, pour établir sa propriété, indiquer comment il l'a acquise, chercher des documents dans les papiers de son père, et de sa mère, de ses aïeuls et bisaïeuls; mais

---

(1) *Voy.* Pothier, section *de la Chose jugée*, n° 910, éd. Tarlier, t. 1, p. 271.

(2) Une femme qui n'est point héritière de son mari n'a point eu qualité pour demander, après la mort de celui-ci, la péremption d'une instance suivie originairement contre lui; en conséquence, les héritiers du mari, s'ils n'ont point été parties lors de l'arrêt qui a admis la péremption, ne peuvent se prévaloir de cet arrêt comme ayant force de chose jugée en leur faveur. — Lorsque la partie saisie a formé, contre le saisissant et l'acquéreur, une demande en nullité de la vente par expropriation d'un de ses immeubles, et que cette demande a été rejetée par un jugement qui est passé en force de chose jugée à l'égard du saisissant, l'acquéreur peut invoquer en sa faveur cette exception de chose jugée, parce qu'il est l'ayant cause du saisissant, garant de la vente à son égard. Brux., 17 nov. 1815 (*Pasicrisie belge*, à cette date).

Ce qui est jugé avec le tuteur est réputé jugé avec le mineur et l'interdit. (L. 11, § 7, *de exc. rei judic.*; Dalloz, v° *Chose jugée*, n° 186; Duranton, t. 7 (XIII, éd. fr.), n° 504.) *Factum tutoris, factum pupilli.*

tous ces titres, tous ces documents ne sont point la cause prochaine de son action; ce sont seulement des moyens de prouver son droit, moyens qu'il pourrait proposer et faire valoir en cause d'appel, mais qui, s'il les a omis ou négligés, ne peuvent pas plus être un prétexte de renouveler sa demande, ou d'en former une seconde pour le même objet, que la découverte de pièces nouvelles : *Sub specie novorum instrumentorum postea repertorum, res judicatas restaurari exemplo grave est.* (L. 4, Cod., *de rejudic.*, 7, 52.)

Inutilement prétendrait-il que, dans la première demande, il n'agissait qu'en qualité d'héritier de son père, et non en qualité d'héritier de sa mère, puisque ces qualités étaient confondues sans retour. Il ne peut pas plus les séparer, pour renouveler une action déjà jugée, qu'il ne pourrait séparer les qualités d'héritier de son aïeul, de son aïeule, d'un oncle, d'un frère, etc; et si l'on admettait de pareilles séparations fictives, quel serait le terme du procès? La loi ne donne qu'un seul moyen de tenir ces qualités séparées, l'acceptation des successions sous bénéfice d'inventaire. C'est ce qui nous paraît incontestable.

215. Cependant on trouve, dans la compilation de Sirey, tom. I, pag. 222, un arrêt de la cour de cassation du 7 messidor an VII, qui, si l'on ne s'arrêtait qu'au titre qu'y a mis l'arrétiste (1), paraîtrait contraire à nos principes, mais qui les confirme, au contraire, quand on en examine l'espèce; car la confusion des qualités n'existait pas lors des premiers jugements.

Hugues Lostanges, comme mari de Marguerite Caussanet, avait vendu à l'aïeul de Bessière le domaine de Combecave. Après la mort de ses père et mère, le fils Lostanges *renonça à la succession de son père*, et réclama le domaine de Combecave, comme héritier de sa mère, contre Bessière, héritier de l'acquéreur. Repoussé injustement par le bailliage de Figeac, en 1787, il releva appel au parlement de Toulouse, où les parties convinrent d'un arrêt d'expédient, sous la date du 2 mai 1788, suivi, le lendemain, d'une transaction par laquelle le domaine de Combecave fut délaissé à Lostanges.

Remarquez qu'à cette époque, il ne s'était fait, il n'avait pu se faire confusion, dans la personne de Lostanges, des droits de son père et de sa mère, puisqu'il avait renoncé à la succession du premier.

Mais, en 1795, Lostanges avait repris l'hérédité de son père, et Bessière, instruit de cette reprise, renouvela contre lui, *en qualité d'héritier de son père*, la demande en délaissement du domaine de Combecave.

Le tribunal civil du département de Lot-et-Garonne repoussa cette demande, sous prétexte que l'arrêt du 2 avril 1788 était passé en force de chose jugée, et que la transaction du lendemain ne pouvait être attaquée que pour dol.

Mais la cour de cassation, par son arrêt du 7 messidor an VII, décida, avec raison, que ce tribunal avait fait une fausse application des lois romaines, et des dispositions de l'ordonnance de 1667, relatives à la chose jugée, ainsi que de l'ordonnance de 1560, sur les transactions.

En effet, la demande de Bessière avait, à la vérité, le même objet que la première action de Lostanges, *eadem res;* elle était fondée sur la même cause que sa défense à la première action, savoir, sur le contrat de vente consenti par Lostanges père; mais elle n'était pas formée contre Lostanges fils en la même qualité; elle était formée contre lui dans une qualité nouvelle, dans une qualité qu'il n'avait pas lors de l'arrêt et de la transaction de 1788. Bessière, par sa demande, exerçait aussi un droit qu'il n'avait pas à la même époque, un droit qu'il n'avait acquis que par la reprise faite par Lostanges fils, en 1795 : il ne pouvait donc être repoussé par l'exception de la chose jugée et transigée en 1788.

216. On ne trouve, dans le droit romain, aucune exception au principe que la chose demandée doit être la même, pour qu'il y ait lieu, contre la seconde demande, à l'exception de la chose jugée; mais on en trouve une bien importante au principe que la seconde demande doit être *entre les mêmes parties*. Cette exception, également reçue dans notre droit français, et fondée sur de puissantes considérations d'ordre et d'intérêt public, est relative aux causes d'état, que l'on appelle par excellence *préjudicielles : præjudicia, actiones præjudiciales*, ainsi nommées, non parce que leur jugement doit précéder le jugement d'une autre action (2), ni sur ce que le jugement peut quelquefois influer sur un autre (c'est un point commun à beaucoup d'autres actions, que cependant on n'appelle point *préjudicielles*); mais parce qu'elles jugent

---

(1) Le voici : « A celui qui agit en qualité d'héritier de son père, peut-on opposer des jugements rendus contre lui en qualité d'héritier de sa mère? Résolu négativement. »

Dalloz a rectifié la position de la question. *Voyez* t. 4, p. 152.

(2) « Dicuntur hæ actiones præjudiciales, et uno » verbo præjudicia... ducto nomine non ex eo, quod » aliis causis præjudicium quandoque afferunt, aut quia » harum judicium præcedere debeant : hoc enim com- » mune est cum aliis multis actionibus, quæ tamen non » dicuntur præjudiciales, uti videre est; sed ex fine » harum actionum proprio, quia etiam præjudicii aliis » rebus faciendi causa ex professo instituuntur, atque » ut instituuntur, ita et sine exceptione omnibus præ- » judicium, etiam inter alias personas, inter quas post- » ea de eodem statu quæstio inciderit. » (Leg. antepen., ff *de statu hominum.* L. 3, *de agnosc. lib.*) *Quamvis alias res inter alios judicata aliis non noceat.* (Vinnius, in § 13, Instit., *de actionibus*, n° 1. *Voy.* aussi Huberus, sur les Institutes, *de actionibus*, n° 15.) *Præjudicium per excellentiam vocatur judicium status.*

d'avance toutes les autres actions qui pourront en dépendre, et s'élever dans la suite sur le même sujet, entre quelques personnes que ce soit; et que le but qu'elles se proposent, le but qui leur est propre, est de les préjuger toutes, c'est-à-dire de les juger d'avance, même avant qu'elles soient nées.

Ces actions sont celles qui concernent l'état des personnes, et que nous appelons ordinairement questions d'état. Le § 13, aux Institutes, *de actionibus*, en indique trois espèces qui sont relatives,

1° A l'état de liberté : Un homme est-il libre ou esclave?

2° A l'ingénuité : Est-il *ingénu*, c'est-à-dire né libre? ou est-il affranchi, *libertinus?*

3° A l'état de famille : Est-il légitime ou bâtard? né de tel père ou de telle mère? Existe-t-il un mariage légitime entre telles ou telles personnes?

Il faut y ajouter les questions relatives au droit de cité : Est-il citoyen ou étranger?

Les deux premières questions ne peuvent plus s'élever en France, où l'esclavage, cette institution barbare si contraire à la nature, est depuis longtemps aboli. Les autres y sont assez fréquentes.

217. Les questions qui concernent l'état des hommes sont d'une telle importance, dans la société civile, qu'elles ne peuvent demeurer dans l'incertitude. Une fois portées devant les tribunaux, le jugement qui intervient les fixe irrévocablement, pourvu qu'il soit rendu avec un contradicteur légitime. Il devient loi pour toute la société : *Placet enim ejus rei judicem jus* FACERE..., *eoque jure utimur*, dit Ulpien. (L. 3, ff. *de agnoscendis liberis*, 25, 3.) Ce principe sage était naturalisé en France longtemps avant la révolution.

Les questions d'état une fois jugées ne peuvent plus être remises en jugement. C'est à elles que s'applique éminemment la maxime : *Res judicata pro veritate habetur* (1). Quand même le jugement serait mal rendu, il a force de chose jugée contre tous; c'est désormais une loi; ainsi l'exigent l'ordre public et la paix de la société.

C'est à l'état de l'homme dans la société que sont attachés ses droits, les droits de famille surtout, dont l'usage est si fréquent, les conséquences si importantes et si étendues. Combien sa condition serait misérable, si, à chaque occasion qui se présente d'exercer ses droits, on pouvait renouveler des contestations sur son état! Rien donc de plus sage que cette règle : Les jugements rendus en matière d'état fixent irrévocablement le sort de celui pour ou contre lequel ils sont rendus. Ils ont contre tous, et pour tous, l'autorité de la chose jugée; en un mot, ils deviennent lois de la société : *Jus faciunt.*

Ainsi, le jugement qui prononce qu'un enfant, à qui l'on contestait son état, est né de tel père et de telle mère unis en légitime mariage, le rend frère germain des autres enfants nés et à naître du même mariage (2); parent de tous les parents collatéraux nés et à naître, tant de son père que de sa mère; habile à leur succéder jusqu'au douzième degré, à recueillir, non-seulement les successions échues depuis sa naissance, mais encore celles qui écherront à l'avenir dans quelque temps que ce soit.

218. A la différence des jugements ordinaires, dont la disposition ne s'étend et ne peut s'étendre que sur le passé, les jugements en matière d'état s'étendent à l'avenir, de même que les dispositions de la loi Ils ne règlent pas seulement ce qui est arrivé, mais encore ce qui arrivera; ils décident d'avance des questions futures, dont l'existence est incertaine et contingente; et voilà pourquoi, dans la langue énergique des Romains, on ne les appelait pas *jugements*, mais *préjugements*, et les actions sur lesquelles ils étaient rendus, *préjudicielles.*

219. Mais, pour que les jugements en matière d'état, *præjudicia*, obtiennent force de loi contre tous, il faut qu'ils soient rendus avec *un contradicteur légitime.*

Cum non justo contradictore quis ingenuus pronuntiatus est, perinde inefficax est decretum, atque si nulla judicata res intervenisset, dit Ulpien (L. 3, ff. *de collus. detegenda*, 40, 16). Dans l'espèce de cette loi, le légitime contradicteur était celui qui se disait le patron de l'affranchi dont l'ingénuité était litigieuse : *Eum qui se patronum tuum esse dicit.* (L. 1, Cod., *de ingenuis manumissis*, 7, 14.)

Mais, dans les autres causes préjudicielles, dans celles, par exemple, où il s'agit de l'état de famille, et ce sont les plus ordinaires, quel est le légitime contradicteur? D'Argentré (3) dit que c'est la personne qui a *le premier et principal intérêt*, celle à qui appartient *le primitif et proche intérêt* dans la cause. Ceci est un peu vague. D'ailleurs, il peut arriver, il arrive même très-fréquemment, que plusieurs personnes ont un intérêt principal dans la cause, un intérêt indépendant et séparé les uns des autres, quoique de même nature. Tâchons donc d'expliquer ce point d'une manière nette et précise.

220. En matière de filiation, par exemple, lorsqu'un enfant réclame son état, et se prétend

(1) « Ingenuum accipere debemus eum, de quo sententia lata est, quamvis fuerit libertinus, quia res judicata pro veritate habetur, » dit Ulpien, loi 25, ff. *de statu hom.*, 1, 5.

(2) L. 2, ff. *de agnosc. lib.*, 25, 3.

(3) Avis sur les partages des nobles, question 29, n° 7.

issu de tel, et de son épouse légitime, il est bien évident que deux personnes, le mari et la femme, ont, dans le procès, un intérêt direct et principal. Il ne suffit donc pas d'appeler le mari; il faut aussi appeler la femme, qui a, dans l'affaire, un intérêt propre et particulier, un intérêt distinct et séparé de celui du mari; car celui-ci ne peut exercer seul que les actions mobilières de la femme, qui entrent dans la communauté, et il ne peut répondre qu'aux actions de la même nature. Or, il s'agit, dans le cas proposé, d'un droit universel, quoique éventuel, non-seulement aux biens mobiliers de la femme, mais encore à tous les immeubles qu'elle possède ou pourra posséder un jour. Elle doit donc nécessairement être mise en cause; autrement, l'arrêt qui interviendrait n'aurait pas contre elle l'autorité de la chose jugée.

221. De plus, s'il existe, au temps du procès, des enfants vivants issus du précédent mariage de l'un des deux époux, ils ont un intérêt né et actuel, un intérêt pressant et réel de ne pas voir un intrus entrer dans leur famille, et devenir leur frère légitime, en exercer tous les droits, et leur enlever, un jour, à eux ou à leurs enfants, partie des droits qui pourront leur échoir.

Il faut donc aussi nécessairement les mettre en cause; autrement, le jugement qui serait rendu contre le père ou la mère n'aurait pas, contre les enfants, l'autorité de la chose jugée. *Ils resteraient sur leurs pieds*, dit d'Argentré, *ibid.*, n° 3, *pour se défendre de nouveau.*

Cette décision conforme à la raison, qui ne permet pas de condamner personne sans l'entendre, ni, par conséquent, de donner aucun effet au jugement contre des tiers qui n'y ont pas été appelés, est consacrée par le droit romain, à l'occasion des enfants d'une femme que l'on prétend esclave. Les enfants suivent la condition de leur mère, sans doute; mais les enfants nés avant le procès doivent tous être appelés dans une cause où il s'agit du plus précieux des droits de l'homme, de leur liberté, de leur ingénuité (1).

222. Au contraire, si le jugement où n'ont pas été appelés les enfants déjà nés était favorable à leur père ou à leur mère, il aurait en leur faveur l'autorité de la chose jugée, comme l'observe très-bien d'Argentré, *ibid.*, parce que tous ces enfants héritent, à titre universel, de tous les droits de leurs père et mère.

223. Quant à l'enfant qui n'était pas né au temps où le procès a commencé, le jugement rendu contre ses père et mère a nécessairement à son égard l'autorité de la chose jugée; car il ne peut avoir des droits plus étendus qu'ils n'en avaient eux-mêmes au moment de sa naissance.

224. Les principes que nous venons d'exposer s'appliquent également au cas du mariage d'une femme, attaqué par le mari ou par ses ascendants, par les enfants issus d'un précédent mariage de l'un des deux époux, ou par des collatéraux. La femme est seule intéressée principalement et primitivement; elle a le premier et principal intérêt dans la cause, s'il n'existe pas d'enfants vivants issus du mariage attaqué; mais s'il en existe, il est évident qu'ils sont directement et principalement intéressés dans la cause, puisque l'action tend à leur ravir l'un des droits les plus précieux de l'homme en société, le droit de légitimité, dont ils sont en possession, comme étant nés sous le voile sacré du mariage.

Bien est-il vrai que le jugement qui prononce la nullité d'un mariage ne fait pas perdre aux enfants le droit de légitimité, lorsque leurs père et mère, ou même seulement l'un d'eux, ont été de bonne foi; car cette bonne foi, jointe à la publicité de la célébration du mariage par le ministère de l'officier public, à la bénédiction du ministre de la religion, lorsque le mariage a été béni, donne aux enfants nés d'un mariage putatif tous les droits de la légitimité, quoique dans la suite il se découvre quelque empêchement dirimant, quel qu'il soit, qui fasse annuler le mariage (2). Mais il n'en est pas moins vrai que les enfants nés d'un mariage attaqué pour cause de nullité ont un intérêt réel, un intérêt formé dans la cause à soutenir la validité du mariage (3). Ainsi, dans ce cas, comme dans le précédent et dans une infinité d'autres, les enfants nés avant le commencement du procès doivent tous y être appelés, *omnes vocentur.* Autrement, le jugement qui ne serait pas rendu contradictoirement avec eux n'aurait pas contre eux l'autorité de la chose jugée. Ils pourraient de nouveau soutenir leurs droits devant les tribunaux, soit en demandant, soit en défendant.

Le jugement rendu contre leurs père ou mère élèverait sans doute, contre eux, un préjugé fâcheux, s'il était rendu en pleine connaissance de cause; mais enfin, ils auraient le droit d'en demander la réformation par la voie de la tierce opposition. L'on a tant d'exemples de jugements surpris et mal rendus, soit par le peu d'attention des juges, soit par la faute des défenseurs, soit parce que certains moyens péremptoires, certaines pièces décisives, n'étaient pas connus lors du précédent jugement, qu'il est sage et conforme à la raison d'écouter ceux qui n'y ont

(1) « Placuit eos, qui nascuntur, matrum conditionibus » uti, quarum mox visceribus exponuntur.
» Ante vero litem nati suo nomine omnes in quæstio- » nem vocentur : quoniam hos solos qui in lite nati erunt, » omnem fortunam matrum complecti oportet, aut justis » tradi dominis, aut libertate cum lucis autoribus frui. » (L. ult., C., *de liberali causa*, 7. 16.)

(2) *Voy.* ce que nous avons dit, t. 1, nos 653 et suiv.; Pirrhing, in tit. 10, *qui filii sint legitimi*, 4, 17.

(3) D'Argentré, *ubi sup.*, n° 4, *in fine.*

été ni appelés, ni entendus, quoiqu'ils eussent intérêt de l'être.

225. Si les enfants étaient majeurs ou émancipés, il serait nécessaire de les appeler en leur propre et privé nom; s'ils étaient mineurs, il faudrait appeler leur père ou leur mère en qualité de tuteurs naturels. Il ne suffirait pas que ceux-ci fussent parties principales au procès, s'ils ne déclaraient pas agir aussi en qualité de tuteurs de leurs enfants. Il pourrait même, en certaines circonstances, devenir nécessaire de leur nommer un tuteur *ad hoc*.

Ces principes sont conformes à l'esprit et aux dispositions du code, qui veut que l'on nomme un tuteur *ad hoc* (1) à l'enfant dont la légitimité est contestée, quoiqu'il ait une mère tutrice naturelle, intéressée pour son propre compte à le défendre. Ils ont été consacrés par un arrêt de la cour de cassation, le 6 janvier 1809 (2), dans l'espèce suivante :

Le sieur Voyneau, habitant de la Vendée, émigra, laissant en France une femme, une fille, et un fils, nommé Louis-René-Auguste. Cet enfant fut perdu pendant les troubles de la Vendée. Des parents le reconnurent, ou crurent le reconnaître à Nantes, chez la veuve Clavier, où il avait été amené par des commissaires aux subsistances, qui avaient parcouru la Vendée. La dame Voyneau refusa de le reconnaître pour son fils. Le père étant émigré, on fit nommer à l'enfant un curateur et un conseil de tutelle. La dame Voyneau fut appelée seule et en son propre et privé nom, et elle plaida en cette seule qualité, sans prendre celle de tutrice de sa fille; et après une instruction très-approfondie, l'enfant fut, par le tribunal de Nantes, déclaré fils du sieur Voyneau, émigré, et de Marie Marsorbier, sa femme.

Ce jugement fut, par les juges de Fontenay, où l'appel en fut porté, confirmé le 6 fructidor an VII, et la dame Voyneau fut condamnée de payer à l'enfant une pension de 700 francs.

Rentré en France, à la faveur de l'amnistie accordée aux émigrés, le sieur Voyneau attaqua ces jugements par la voie de la tierce opposition. L'affaire fut portée à la cour d'appel de Poitiers, où l'on opposa à la tierce opposition une fin de non-recevoir, résultant de ce que le sieur Voyneau avait été représenté par son épouse, qui, pendant qu'il était émigré, réunissait les droits de la paternité et de la maternité. On ajoutait qu'en sa qualité d'émigré amnistié, il ne pouvait attaquer des jugements souverains, rendus pendant son émigration.

Le 25 juillet 1806, arrêt par lequel, « considérant que, lorsque Auguste a réclamé l'état et » le nom d'enfant légitime du sieur Voyneau et » de la dame son épouse, et qu'il s'est fait » maintenir en possession de cet état, le sieur » Voyneau était émigré, et par conséquent mort » civilement; que pendant l'émigration et la » mort civile de Voyneau, les droits de la pater- » nité résidaient dans la personne de son épouse, » comme ceux de la maternité; qu'Auguste ne » pouvait réclamer son état que contre la dame » Voyneau, qui était alors *la représentante* de » son mari, *la seule partie capable* pour défen- » dre à la question d'état dont il s'agissait; que » la voie de la tierce opposition est interdite à » ceux qui ont été représentés..., et que le » jugement attaqué par la tierce opposition est » du nombre des actes qu'il doit respecter après » son amnistie, aux termes du sénatus-consulte » du 6 floréal an X, et de l'avis du conseil » d'État du 11 frimaire an XII....; déclare le » sieur Voyneau non recevable dans sa tierce » opposition. »

Pourvoi en cassation, fondé : 1° sur ce qu'on a contrevenu à la loi qui autorise la tierce opposition, et faussement appliqué le principe qui en ferme la voie à celui qui a été représenté dans le procès;

2° Sur ce qu'on a mal entendu et faussement appliqué le sénatus-consulte de l'an X, et contrevenu aux dispositions par lesquelles il a rendu aux émigrés tous les droits qu'il n'avait pas exceptés.

Ces deux moyens furent accueillis par la cour de cassation, qui, par arrêt du 6 janvier 1809 (3), « considérant que le droit du sieur Voyneau de » défendre l'état d'un enfant né de son mariage, » et, par conséquent, de repousser un individu » auquel il impute d'avoir cherché et de cher- » cher encore à se faire substituer à cet enfant, a » précédé son émigration; que ce droit ne peut » être mis hors de la classe de ceux qui lui ont » été restitués par son amnistie; considérant » qu'un tel droit ne peut se trouver anéanti par » un arrêt rendu pendant son émigration, à la » charge de son épouse, *seule en cause*, sans » qu'il ait été appelé, ni personne représentant » *soit lui-même, soit sa famille* : d'où il suit que » la cour d'appel de Poitiers, en admettant la » fin de non-recevoir avancée contre le sieur » Voyneau, a faussement appliqué le sénatus- » consulte du 6 floréal an X, et violé l'art. 2 du » titre 5 de l'ordonnance de 1667. » Par ces motifs, la cour casse, etc., etc.

Cet arrêt, parfaitement rendu, est fondé, comme on voit, sur les vrais principes. Indépendamment de la question transitoire, relative au sénatus-consulte, et sur laquelle il devient de plus en plus inutile de s'arrêter, il est évident que du moment où l'enfant fut présenté comme fils du sieur Voyneau et de son épouse, il y alla

(1) *Voy.* ce que nous avons dit sur le désaveu et la contestation de légitimité, t. 1, nos 799 et suiv.

(2) Il est recueilli par Sirey, t. 9, p. 49 et suiv., où les moyens respectifs sont rapportés avec beaucoup de détail.

(3) Cet arrêt est du 7 décembre 1808, et non du 6 janvier 1809. Dalloz, t. 4, p. 157.

de l'intérêt des deux familles, de celle du père et de celle de la mère : il fallait donc que l'une et l'autre fussent représentées. La femme présente ne pouvait représenter ni son mari ni la famille de ce dernier; la fille issue de leur mariage pouvait seule représenter la famille de son père; elle avait à cet égard le premier et principal intérêt dans la cause; elle seule, sur ce point, était le légitime contradicteur. Or elle n'avait été ni partie, ni appelée au procès; on ne lui avait point nommé de tuteur *ad hoc;* sa mère n'avait ni convoqué le conseil de famille, ni même pris la qualité de tutrice, que peut-être elle n'avait pas; car alors la mère n'était pas de plein droit tutrice de ses enfants. Le jugement rendu contre elle seule ne pouvait donc faire loi contre son mari, ni contre sa fille, ni contre la famille du mari. C'était donc véritablement le cas d'appliquer la maxime d'Ulpien, dans la loi 3, déjà citée, ff. *de collus. deteg.*, 40, 16, que le jugement rendu sans contradicteur légitime est comme non avenu : *Cum non justo contradictore..., perinde inefficax est decretum, atque si nulla judicata res intervenisset.*

Et si le sieur Voyneau n'était pas rentré en France, il n'est pas douteux que sa fille eût pu, de son chef, former la tierce opposition contre l'arrêt rendu contre sa mère seule.

226. C'est par une conséquence du principe que les jugements rendus en matière d'état, sans contradicteur légitime, n'ont point de force contre les tiers, que l'art. 100 du Code civil ordonne que « le jugement de rectification (des actes de » l'état civil) ne pourra, dans aucun temps, être » opposé aux parties intéressées qui ne l'auraient » point requis, ou qui n'y auraient pas été ap- » pelées. »

Cependant, ces jugements sont rendus sur les conclusions du ministère public; mais quoique chargé de veiller à la stricte exécution des lois et aux intérêts des absents, il ne les représente pas; il n'est que le mandataire du gouvernement, et non celui des citoyens.

227. Si le contradicteur légitime, après s'être présenté, laisse défaut, le jugement qui intervient n'a l'autorité de la chose jugée que contre le défaillant et non contre ceux qui n'ont été ni parties, ni appelés : « *Si ea persona desit cognitioni, quæ alicui status controversiam faciebat, in eadem causa est, qui de libertate sua litigat quæ fuit, priusquam de libertate controversiam patiatur. Sane hoc lucratur, quod is qui eam status controversiam faciebat, amittit suam causam. Nec ea res ingenuum facit eum, qui non fuit; nec enim penuria adversarii ingenuitatem solet tribuere.* » (L. 27, § 1, ff. *de liberali caus.*, 40, 12.)

Les derniers mots de cette loi font voir que sa disposition ne doit pas s'appliquer au cas où il existe plusieurs contradicteurs, dont l'un seulement laisse défaut, lorsqu'il en reste d'autres pour développer, pour faire valoir les moyens de la cause, et pour la défendre. Ce que veulent les lois, ce que veut la raison, c'est que la question soit décidée en pleine connaissance de cause, et que le défaut d'un contradicteur n'emporte pas une décision qui doit avoir l'effet d'une loi pour tous les citoyens : *Penuria adversarii ingenuitatem non solet tribuere.*

228. Les auteurs en induisent que, pour donner aux jugements, en matière d'état, la force de la chose jugée contre tous, il faut que la question d'état soit l'objet principal du jugement. Il ne suffit pas qu'on en puisse tirer une conséquence, en apparence nécessaire, en faveur de la question d'état. Nous trouvons une application bien frappante de ce principe dans les lois qui ne veulent pas qu'on puisse conclure du jugement qui condamne à nourrir un enfant, qu'il est le fils de celui qui a subi cette condamnation : *Meminisse oportet, et si pronunciaverint ali oportere, attamen eam rem præjudicium non facere veritati; nec enim pronunciatur, filium esse, sed ali debere, et ita Divus Marcus rescripsit.* (L. 5, § 9, ff. *de agnosc. lib.*, 25, 3. Ulpien.)

Cependant, le même Ulpien dit, dans le paragraphe précédent, que le juge ne doit point accorder d'aliments, si la paternité ou la filiation n'est pas prouvée : *Si constiterit filium vel parentem esse, tunc ali jubebunt. Si non constiterit, nec decernent alimenta.*

229. Le jugement qui accorde des aliments préjuge donc la paternité. Oui, sans doute, il la préjuge; mais il ne la juge pas positivement, et l'état des hommes ne peut s'établir par un simple préjugé. Le juge a pu trouver des preuves suffisantes pour ordonner des aliments (car enfin, il faut que l'enfant soit nourri), et n'en pas trouver assez pour prononcer sur la paternité ou filiation, qui donnerait à l'enfant des droits plus étendus, tous les droits de la famille.

Cette décision est raisonnable; elle est conforme à notre jurisprudence. Le tribunal civil de la Seine s'y conforma, dans un jugement du 8 août 1806, confirmé le 31 janvier 1807, par la cour d'appel de Paris, dont l'arrêt fut également confirmé par la cour de cassation, le 10 mai 1808. Voici l'espèce :

Thérèse Monty poursuivait le sieur Mayre, et lui demandait des dommages et intérêts pour cause de séduction, et des aliments pour son enfant, dont elle le soutenait père. Au bureau de conciliation, le sieur Mayre ne reconnut point la paternité; mais, pour éviter un éclat, il offrit des aliments à l'enfant; ses offres ne furent pas reçues. Traduit devant le tribunal civil de la Seine, il rétracta ses offres, et conclut à être dispensé de donner soit des dommages et intérêts à la mère, soit à l'enfant des aliments qu'il ne pouvait devoir qu'en qualité de père.

Le 8 août, le tribunal rendit un jugement contradictoire, qui, « statuant sur la demande

» personnelle de Thérèse Monty, la déclare non » recevable; la déclare pareillement non recevable dans toutes les demandes qu'elle avait » formées en sa qualité de mère tutrice de » l'enfant, en tant que ces demandes pourraient » tendre à faire déclarer le sieur Mayre père » dudit enfant, et à lui donner des droits successifs.

» Mais statuant sur les mêmes conclusions de » la demoiselle Monty, en ce qui peut être relatif » aux aliments pour l'enfant, le tribunal, ayant » égard aux diverses promesses faites par le » sieur Mayre, ainsi qu'à la déclaration faite au » bureau de paix par le fondé de pouvoir de ce » dernier, condamne le sieur Mayre à payer » annuellement, entre les mains de la demoiselle Monty, au lieu de son domicile, et par » avance, de six en six mois, à compter du jour » de la demande, la somme de 600 francs, sans » aucune retenue, jusqu'à mariage ou majorité » dudit enfant, comme aussi à lui payer, à la » même époque de mariage ou de majorité, la » somme de 12,000 francs, pour lui procurer » un établissement. »

Ce jugement, confirmé par la cour d'appel de Paris, le 31 janvier 1807, fut déféré à la censure de la cour de cassation, qui, par arrêt du 10 mars 1808, rejeta le pourvoi, « attendu que » les juges de première instance et d'appel, en » repoussant l'action exercée par la demoiselle » Monty, tant en son nom, pour cause de prétendue séduction, qu'au nom et comme tutrice » d'une fille dont elle le supposait père, se sont » conformés aux dispositions de la loi;

» Que, d'autre part, la condamnation d'une » somme capitale, en faveur de cette fille, n'étant aucunement fondée sur des présomptions de paternité, mais sur des faits et des » circonstances, même des offres réelles..., » dont les juges ont fait résulter un engagement, il n'appartient pas à la cour d'entrer » dans l'examen du bien ou du mal jugé de » cette partie de l'arrêt attaqué; rejette, etc. »

Ainsi donc, les jugements par lesquels la question d'état n'est pas jugée positivement, n'ont point force de loi contre tous; ils ne sont point ce que les Romains appelaient *præjudicia :* ils ne dispensent point celui qui les a obtenus de prouver son état, quelque fortes que soient les conséquences ou les inductions qu'on en veut tirer en faveur de la question d'état.

230. Mais il en est autrement des jugements où la question d'état est jugée incidemment, c'est-à-dire où elle a été proposée par exception, comme défense à la demande primitive et introductive du procès; car les questions d'état peuvent être proposées principalement ou incidemment, par voie d'action ou par voie d'exception (1).

Elles sont proposées principalement et par voie d'action, lorsque, par exemple, un enfant dont l'état a été supprimé prétend être issu de telle femme, mariée à tel, et demande, en conséquence, à être déclaré et reconnu leur fils légitime, comme Bouillerot de Vinantes (2), comme la demoiselle Ferrand, comme le prétendu fils du sieur Voyneau, dans l'espèce ci-dessus, etc.

Elles sont proposées incidemment et par voie d'exception, lorsque, par exemple, le petit-fils demande le partage de la succession de son aïeul, et que les frères ou sœurs de son père lui opposent, par exception, et pour défense, que le père n'était pas fils légitime, mais enfant naturel ou adultérin, et par conséquent incapable de succéder, comme dans l'espèce du chapitre 5, X, *qui filii sint legitimi*, 17; ou encore, lorsqu'un individu, se prétendant légitime, demande la succession de son père aux héritiers de ce dernier, qui lui opposent, incidemment et par exception, qu'il est bâtard adultérin, comme dans l'affaire de Masson Maisonrouge, dont il faut rapporter l'espèce avec quelques détails, parce que sa discussion répand beaucoup de jour sur la matière que nous traitons.

231. Étienne-Pierre Masson épousa, en premières noces, Durante Chalus, qui mourut le 10 décembre 1751.

Le 4 février suivant, il épousa en secondes noces Marie-Madeleine Rotisset, qui, le 20 avril même année, quatre-vingt-cinq jours après son mariage, cent cinquante et un jours après la mort de la première femme d'Étienne-Pierre Masson, mit au monde un enfant qui fut baptisé sous le nom d'Étienne-Jean Masson. L'acte de naissance portait qu'il était né d'Étienne-Pierre Masson et de Marie-Madeleine Rotisset. Elle mourut peu de temps après la naissance de son fils.

Étienne-Pierre Masson contracta un troisième mariage, dont il n'eut point d'enfants; mais il en contracta un quatrième dont il eut Agnès Masson.

Après la mort de Marie-Madeleine Rotisset, Jean Rotisset, son frère, fut nommé tuteur d'Étienne-Jean Masson Maisonrouge, *à l'effet de régir ses personne et biens, et,* portait l'acte de tutelle, *d'accepter tous dons qui pourraient lui être faits de pensions alimentaires,* clause qui annonce assez clairement qu'on le regardait comme bâtard adultérin, et contre laquelle le père ne réclama point.

En 1771, Masson Maisonrouge, émancipé, demanda compte à Rotisset, son tuteur, qui lui opposa sa bâtardise, et soutint qu'il n'avait jamais rien possédé et qu'il ne lui était dû aucun compte. Voilà une question d'état, proposée par exception.

(1) *Voy.* ce que nous avons dit, t. 1, n° 833.

(2) D'Aguesseau, t. 2, plaid. 23.

Une sentence du Châtelet, du 7 janvier 1772, accorda à Masson une provision de 3,000 liv., et mit les parties hors procès sur la demande à fin de compte.

Un arrêt du parlement de Paris, du 10 mai 1773, convertit en définitive la provision de 3,000 liv., accorda une nouvelle somme de 3,000 liv. à Masson Maisonrouge; condamna Rotisset, son tuteur, frère et héritier de la mère, à lui payer une pension viagère de 3,000 liv., payable notamment sur les biens de Marie-Madeleine Rotisset; et sur le surplus des demandes, fins et conclusions des parties, les mit hors procès.

Il est bien évident que cet arrêt décidait, sans équivoque, que Maisonrouge n'était pas le fils légitime de Marie Rotisset, puisqu'il lui refusait les droits et le titre de son héritier, et qu'il maintenait, au contraire, Jean Rotisset, frère de ladite Marie, dans la possession et propriété de la succession, en le condamnant seulement à payer au fils, sur les biens qui en dépendaient, une pension viagère; mais les juges ne donnaient point alors les motifs de leurs jugements, et le vice de sa naissance n'était opposé à Maisonrouge que comme un motif ou moyen pour faire rejeter sa demande.

Il exécuta cet arrêt, reçut les arrérages de la pension, et traita même du remboursement avec les créanciers de Rotisset, moyennant 34,000 liv., par acte notarié de 1778. Dans la suite, il s'adressa, tant à son père qu'à la direction des créanciers de celui-ci, pour obtenir une autre pension de 3,000 liv., et le payement d'une somme principale de 60,000 liv.; mais un jugement contradictoire, rendu par la commission établie pour juger les contestations relatives à la direction, le déclara non recevable dans sa demande.

Le père de Maisonrouge mourut en 1785; tous ses biens étaient grevés de substitution, en faveur des enfants nés et à naître de lui en légitime mariage. Agnès Masson, femme Nugent, sa fille, obtint du Châtelet une sentence qui l'envoya en possession des biens de la substitution.

De son côté, Maisonrouge se pourvut, par voie de requête civile, contre les jugement et arrêt rendus contre lui, en faveur de son tuteur Rotisset, qui était mort, les fit réformer et condamner sa succession de lui rendre compte des biens de sa mère; obtint ensuite des sentences du Châtelet, les 2 et 24 juillet 1789, dont la première nomma un curateur à la substitution des biens d'Étienne-Pierre Masson, et la seconde l'envoya en possession des biens compris dans cette substitution. Il forma, entre les mains des fermiers, des saisies-arrêts, dont Agnès Masson, femme Nugent, obtint mainlevée, par arrêt du 29 juillet 1789.

Sur tout cela, la question s'engagea au parlement de Paris, où la femme Nugent se rendit opposante aux arrêts obtenus par Maisonrouge, et notamment à celui du 29 mai 1789, qui condamnait la succession de Jean Rotisset à rendre compte à Maisonrouge. Elle soutint qu'il était bâtard adultérin, et qu'il n'avait par conséquent aucun droit aux biens compris dans la substitution; et le 20 décembre 1789, elle prit des conclusions tendant, entre autres choses, « à » ce que, dans le cas où la cour évoquerait le » principal (c'est-à-dire la substitution), et y » faisant droit, *attendu la qualité dudit Masson* » *de bâtard adultérin, et son incapacité à rece-* » *voir la substitution*, il fût déclaré non rece- » vable dans sa demande d'envoi en possession » des biens substitués, ou, en tous cas, qu'il » en fût débouté. »

Voilà donc encore une fois la question d'état proposée incidemment et par exception.

Masson Maisonrouge soutint, au contraire, dans une requête du 6 février 1790, qu'il était fils légitime d'Étienne-Pierre Masson et de Marie-Madeleine Rotisset; que sa légitimité était suffisamment établie, tant par leur contrat et l'acte de célébration de leur mariage, que par son acte de naissance qu'il représentait.

Mais le parlement de Paris n'en jugea pas ainsi, et avec raison, puisque l'acte de naissance de Masson Maisonrouge, en prouvant qu'il avait pour père Étienne-Pierre, et pour mère Marie-Madeleine Rotisset, prouvait en même temps qu'il était conçu pendant le mariage de son père avec une première femme, qui n'était décédée que cent cinquante et un jours seulement avant sa naissance, et non pas cent quatre-vingts, suivant la disposition de l'art. 314, qui n'a fait que consacrer l'opinion communément reçue avant sa promulgation.

En conséquence, le 20 juillet 1790, arrêt définitif, qui, prononçant « sur l'appel interjeté » par Masson des sentences et ordonnances » des... 1785 et 29 juillet 1789 (qui avaient » envoyé la femme Nugent en possession des » biens de la substitution, et donné mainlevée » des saisies-arrêts mises aux mains des fer- » miers), mit l'appellation et ce dont était » appel au néant; émendant, évoquant le prin- » cipal et y faisant droit, reçut la femme Nugent » tierce opposante aux arrêts des 29 avril et » 29 mai 1789 (dont le second avait con- » damné la succession de Jean Rotisset à ren- » dre compte à Maisonrouge des biens de sa » mère, et à lui en payer le reliquat); faisant » droit sur sa tierce opposition, déclara lesdits » arrêts, *à l'égard de ladite Nugent* (1), nuls et » comme non avenus, la reçut appelante des » sentences des 2 et 4 juillet; faisant droit sur » l'appel, en ce qui concernait la sentence du » 2 juillet (qui nommait un curateur à la sub-

(1) Remarquez bien cette disposition, sur laquelle nous reviendrons bientôt.

» stitution), la déclara nulle et de nul effet; » en ce qui concernait celle du 4 juillet (qui » envoyait Maisonrouge en possession des biens » de la substitution), mit l'appellation et ce » dont était appel au néant; émendant, débouta » Maisonrouge de sa demande d'envoi en pos» session des biens de la substitution; fit » mainlevée définitive à la femme Nugent de » toutes saisies et oppositions faites à la re» quête dudit Masson, » qui fut condamné aux dépens.

Il est bien évident que les juges, par cet arrêt, décidèrent que Maisonrouge était bâtard adultérin. L'objet primitif et principal du procès était la possession des biens de la substitution, qui ne pouvaient appartenir qu'aux descendants d'Étienne-Pierre, *en légitime mariage*. La femme Nugent, pour écarter Maisonrouge, lui opposait qu'il était bâtard adultérin; il soutenait, au contraire, qu'il était légitime. Il était donc impossible de décider à qui les biens devaient appartenir, sans juger préalablement la bâtardise ou la légitimité de Maisonrouge; mais comme alors on ne motivait point les jugements, le parlement de Paris se borna à débouter Maisonrouge de sa demande, et il adjugea les biens de la substitution à la femme Nugent.

Cet arrêt acquit irrévocablement l'autorité de la chose jugée; car Maisonrouge l'attaqua par la voie de la cassation, et son pourvoi fut rejeté.

Mais, sans même attendre son pourvoi, il fit assigner la femme Nugent au tribunal civil de première instance, pour se voir maintenir et conserver dans la possession d'enfant légitime de feu Étienne-Pierre Masson et de Marie-Madeleine Rotisset. Ainsi, après la question d'état jugée contre lui, mais incidemment et comme exception à la demande principale, il la soumit de nouveau aux tribunaux, mais par voie d'action principale.

La femme Nugent lui opposa l'exception de la chose jugée, et soutint que la demande de Maisonrouge tendait à faire revivre une question déjà jugée par plusieurs arrêts, et notamment par celui du 20 juillet 1790, et conclut à ce qu'il fût déclaré non recevable dans sa demande.

Le 1er mai 1792, jugement contradictoire, par lequel, « attendu que, dans aucune des » causes jugées avec Maisonrouge..., il n'a » été pris aucunes conclusions pour faire pro» noncer, soit la légitimité, soit la bâtardise » dudit Masson, et que l'arrêt du 20 juillet » 1790, ni aucun des jugements ou arrêts ren» dus dans lesdites causes, n'ont déclaré ledit » Masson légitime ou bâtard; sans avoir égard » à la fin de non-recevoir, proposée par Nugent » et femme, dont ils sont déboutés, ordonne » qu'ils défendront au fond, dépens réser» vés. »

Le 18 octobre 1792, jugement en dernier ressort qui confirme. C'était décider que les jugements contradictoires, rendus sur une question d'état, proposée incidemment, et comme une exception péremptoire contre la demande principale, n'ont pas la force de la chose jugée, même à l'égard de ceux contre qui ils sont rendus.

La femme Nugent se pourvut en cassation, pour violation de la chose jugée par la sentence du 7 janvier 1772, par l'arrêt du 10 mai 1775, rendu en faveur de Jean Rotisset, et par l'arrêt du 20 juillet 1790, qui avait débouté Masson Maisonrouge de la demande d'envoi en possession des biens de la substitution; et, par arrêt du 25 pluviôse an II, rendu, après partage, en pleine connaissance de cause, le jugement du 18 octobre 1792 fut cassé par les motifs suivants :

« Attendu: 1° que le premier arrêt du ci» devant parlement de Paris, du 10 mai 1775, » en ne donnant pas, dans le dispositif d'icelui, » audit citoyen Masson, la qualité d'enfant » légitime de Marie-Madeleine Rotisset et » d'Étienne-Pierre Masson, ses père et mère, » qualité qu'il avait prise dans l'instance en » reddition de compte, par lui formée contre » Jean-Baptiste Rotisset..., et en réduisant ses » droits et prétentions, dans la succession de » sa mère, à une pension alimentaire de » 3,000 liv., affectée sur les biens de la suc» cession, etc.;

» Attendu: 2° que, par son arrêt du 20 juillet » 1790, la même cour, en admettant la tierce » opposition formée par la citoyenne Nugent, » contre le premier arrêt du 29 août 1789 qui » avait entériné les lettres en forme de requête » civile, levées par le citoyen Masson contre » celui du 10 mai 1775, et contre celui du 25 mai » suivant, qui avait... déclaré lesdits arrêts » nuls et de nul effet à leur égard; en faisant » droit sur les conclusions prises par la ci» toyenne Nugent, *à ce qu'attendu la qualité » de bâtard adultérin* de Masson, il fût déclaré » non recevable dans sa demande d'envoi en » possession des biens substitués par son aïeul » paternel; en le déboutant en conséquence » de sa demande, en accordant à eux-mêmes » mainlevée des oppositions par lui formées » entre les mains des débiteurs de la substi» tution, et en ne lui donnant pas, dans le » dispositif dudit arrêt, la qualité d'enfant légi» time de ses père et mère, qu'il avait prise » dans l'instance, a jugé formellement et litté» ralement qu'il n'était pas le fils légitime de » ses père et mère;

» Attendu: 3° que ledit arrêt a acquis la » force et l'autorité de la chose jugée, en ce que » le citoyen Masson l'ayant attaqué par la voie » légale de la cassation, sa requête a été » rejetée, etc.;

» Casse le jugement du 18 octobre 1792, » parce qu'en confirmant celui du 1er mai pré-

» cédent, qui avait rejeté la fin de non-recevoir » résultant desdits arrêts, proposée par la » citoyenne Nugent contre l'action dirigée con- » tre elle par ledit citoyen Masson, tendant à ce » qu'il fût déclaré fils légitime de ses père et » mère, il a *remis en jugement une question » d'état invariablement fixée* par lesdits deux » arrêts contradictoires, rendus par le parlement » de Paris, les 10 mai 1775 et 20 juillet 1790, » passés en force de chose jugée, en quoi il est » contrevenu à l'art. 5 du titre 27 de l'or- » donnance de 1667. »

Cet arrêt décide bien positivement que le jugement rendu, avec un contradicteur légitime, sur la question d'état proposée incidemment et par voie d'exception, n'a pas moins force que celui qui est rendu sur la même question par voie d'action principale; et cette décision est conforme à la raison : car, dans l'un comme dans l'autre cas, le jugement ne peut être prononcé sans que la question soit examinée et jugée. Les juges ne peuvent prononcer sur une exception, la rejeter ou l'admettre, sans examiner et juger si elle est fondée; seulement, dans ce cas, la décision se trouve énoncée dans les considérants, comme moyen décisif et péremptoire du déboutement de la demande principale; et quand la question est proposée par voie d'action principale, la décision n'est énoncée que dans le dispositif, et comme disposition principale.

232. C'est ici le lieu de faire la remarque annoncée dans la note précédente. En rapportant l'affaire de Masson Maisonrouge, nous avons vu qu'il avait demandé compte des biens de sa mère à Jean Rotisset, son tuteur, qui, par exception, lui opposa sa bâtardise, le fit débouter de sa demande, et réduire à une simple pension alimentaire, par arrêt du 10 mai 1775.

Nous avons également vu qu'après la mort de son tuteur, il prit des lettres de requête civile contre cet arrêt, et le fit réformer par arrêt du 29 mai 1789, qui condamna la succession de Rotisset à lui rendre compte des biens de sa mère, et à lui en payer le reliquat.

Il paraît que les héritiers et les créanciers Rotisset n'entreprirent point cet arrêt, qui acquit, par conséquent, l'autorité de la chose jugée contre les héritiers Rotisset et contre sa famille.

Mais la femme Nugent le trouvant préjudiciable à ses intérêts, en ce qu'il jugeait que Maisonrouge était enfant légitime de sa mère, y forma une tierce opposition, qui fut admise par un arrêt du parlement de Paris, rendu le 20 juillet 1790, lequel déclara celui du 29 mai 1789 *nul et comme non avenu, à l'égard de ladite Nugent seulement.*

En cela, le parlement de Paris ne fit que se conformer aux principes de la matière : car un arrêt ou jugement définitif, passé en force de chose jugée, est irrévocable et a force de loi, non-seulement pour les parties entre lesquelles il a été contradictoirement rendu, mais encore pour le tribunal qui l'a rendu, et pour tout autre tribunal quelconque, qui n'a d'autre pouvoir que d'en ordonner et maintenir l'exécution au besoin.

Le tribunal qui prononce sur la tierce opposition formée par ceux qui n'y ont été ni parties, ni appelés, quoiqu'ils dussent l'être, peut bien juger que cet arrêt n'aura point d'effet contre les tiers opposants. Il peut rendre un jugement contraire au premier, mais ce second jugement, de même que le précédent, n'aura de force et d'effet qu'en faveur de ceux qui l'ont obtenu. Les jugements sont pour ceux qui les obtiennent, dit fort sagement le proverbe. Les juges de la tierce opposition ne pourraient, sans excès de pouvoir, réformer le précédent jugement.

L'arrêt du 29 mai 1789 continua donc de subsister et d'avoir son effet contre les héritiers de Rotisset; et comme il était nécessairement fondé sur ce que Maisonrouge était enfant légitime de sa mère, puisqu'il était admis à sa succession et à s'en faire rendre compte, il en résulta qu'il était enfant légitime à l'égard des héritiers Rotisset, en vertu de l'autorité de la chose jugée par l'arrêt du 29 mai 1789, qui conservait toute sa force contre eux, et qu'il était bâtard adultérin à l'égard de la femme Nugent et de la famille de son père, en vertu de la chose jugée par l'arrêt du 20 juillet 1790.

233. Ceci peut paraître étrange, sans doute; mais c'est un effet de la chose jugée à qui l'intérêt public et général a fait accorder tant de force et de puissance, qu'elle peut faire, suivant les docteurs *de non jure jus, de non ente ens.* C'est une conséquence directe et nécessaire de ces deux principes également incontestables, également importants pour la société :

Le premier, que la chose jugée passe pour une vérité à l'égard des personnes qui ont été parties, ou appelées au procès : *Res judicata pro veritate habetur;* principe fondé sur l'intérêt public ;

Le second, que la chose jugée n'a ni force, ni autorité contre les tiers ou en leur faveur: *Res inter alios judicata, tertio neque prodest, neque nocet,* principe qui n'est pas autre chose qu'une conséquence nécessaire de la grande règle, de la première règle de toute justice : Personne ne peut être condamné sans avoir été entendu : *ne inauditus condemnetur.*

234. Cela posé, toutes les fois qu'une question intéresse plusieurs personnes, si elle n'est pas jugée en même temps avec tous les intéressés, ceux qui n'étaient ni présents, ni appelés, ont le droit incontestable de représenter aux tribunaux la question déjà jugée entre d'autres personnes, d'y soutenir leurs droits, et d'y faire entendre leurs raisons et leurs moyens,

qui peuvent avoir été négligés par ignorance, ou même sacrifiés par un jugement collusoire, dans le premier procès. Il ne peut y avoir à ceci nulle exception, car elle violerait la première règle de toute justice.

Cependant, toutes les fois qu'une question est jugée plusieurs fois, soit par des tribunaux différents, soit par le même tribunal, on est exposé à voir rendre des jugements différents et même absolument contraires, quoique la chose à juger, de même que la cause et les moyens, soit la même. Ainsi, dit fort bien d'Argentré, *de deux frères fondés en mêmes droits, titres et cause, l'un perd sa cause, l'autre la gagne.* On en trouve un exemple dans la loi 15, ff. *de inoffic. testam.* Or, de ces deux jugements (1), absolument contraires, l'un est nécessairement mal rendu : cependant, les deux doivent être exécutés, suivant la loi citée. Ainsi l'exige l'intérêt de la société, en faveur de laquelle a été établie l'autorité, la stabilité irrévocable de la chose jugée.

Cette contrariété dans les jugements rendus dans une cause absolument semblable est un malheur attaché à l'imperfection des hommes et de leurs institutions; il faut se résigner à le supporter. Aussi le plus grand des jurisconsultes romains, Papinien, auteur de la loi citée, n'en paraît point choqué, il décide qu'il faut exécuter les deux jugements.

255. Moins sages et moins résignés que ce prince des jurisconsultes, quelques auteurs, sous l'ancienne jurisprudence, avaient prétendu qu'il fallait faire une exception à l'égard des jugements qui condamnent un habile à succéder en qualité d'héritier pur et simple; et pensaient qu'un pareil jugement produisait son effet à l'égard de tous les créanciers de la succession, quoiqu'ils n'eussent point été parties, et que le successible, condamné envers un seul, ne pouvait plus, ni renoncer, ni accepter la succession sous bénéfice d'inventaire, même à l'égard des autres créanciers, parce que, disait-on, la qualité d'héritier est indivisible.

Cependant on pensait, assez généralement, que les effets du jugement étaient restreints en faveur du créancier qui l'avait obtenu. Voici comme s'exprime Pothier sur ce point, dans son *Traité des successions*, chapitre 3, section 5 :

« Un créancier ainsi condamné en qualité » d'héritier, envers un créancier ou un légataire, par un jugement souverain ou en dernier ressort, est bien obligé, à cause de l'autorité de la chose jugée, à payer les sommes » auxquelles il est condamné; mais il ne devient » pas héritier pour cela; car il ne peut être » héritier sans avoir voulu l'être : selon notre » règle du droit coutumier, n'est héritier qui » ne veut. C'est pourquoi cette condamnation » n'empêchera pas cet héritier de renoncer » valablement à la succession par la suite, vis-à-vis des autres créanciers ou légataires, qui » ne pourront pas lui opposer l'arrêt de condamnation qui a été rendu contre lui en qualité d'héritier, parce qu'ils n'étaient point » parties en cet arrêt, et que c'est un principe » de droit qu'un jugement ne fait loi qu'entre » les parties entre lesquelles il a été rendu : » *Res inter alios judicata aliis nec prodest, nec* » *nocet.* »

On peut, sous le Code civil, tirer la même conséquence de l'art. 1351, ainsi conçu : « L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard » de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut » que la chose demandée soit la même; que » la demande soit fondée sur la même cause; » que la demande soit *entre les mêmes parties*, etc. »

256. Mais la disposition de l'article 800 ne contient-elle pas, pour le cas spécial qu'elle traite, une exception à la règle générale établie par l'art. 1351? Tel est le point de la difficulté.

Cet article porte qu'après les délais accordés pour accepter une succession sous bénéfice, le successible conserve néanmoins « la faculté de » faire encore inventaire, et de se porter héritier bénéficiaire, s'il n'a pas fait d'ailleurs » acte d'héritier, *ou s'il n'existe pas contre lui* » de jugement passé en force de chose jugée, » *qui le condamne en qualité d'héritier pur et* » *simple.* »

Mais n'est-ce qu'à l'égard du créancier qui a obtenu le jugement qu'il se trouve privé de la faculté de se porter héritier bénéficiaire? ou en est-il également privé à l'égard des autres créanciers ou légataires qui n'étaient point parties au procès? Tel est le doute qu'on a prétendu élever (2).

Il nous paraît absolument mal fondé, quand

(1) « Filius qui de inofficiosi actione adversus duos » hæredes expertus, diversas sententias judicum tulit : » et unum vicit, ab altero superatus est, et debitores » convenire, et ipse a creditoribus conveniri pro parte » potest; et corpora vindicare, et hæreditatem dividere. » Verum enim est, familiæ erciscundæ judicium competere; quia credimus eum legitimum hæredem pro » parte esse factum, et ideo pars hæreditatis in testamento remansit. Nec absurdum videtur pro parte intestatum videri. » (L. 15, ff. *de inoffic. test.*, 5, 2. Papin., lib. 14, *Quæst.*)

« Sæpe constitutum est, res inter alios judicatas aliis » non præjudicare, veluti si ex duobus hæredibus debitoris alter condemnatur : nam alteri integra defensio est... Item si ex duobus petitoribus, alter victus » adquieverit, alterius petitioni non præjudicatur. Idque » ita rescriptum est, etc... » L. 63, ff. *de re judic.*, 42, 2.)

(2) Par un arrêt du 9 décembre 1815, la cour de Bruxelles a décidé que le jugement qui condamne un successible en qualité d'héritier profite même à ceux qui n'y ont pas été parties. Voyez *Pasicrisie belge*, à cette date.

on interprète l'art. 800 par l'article 1351 : car le premier de ces articles n'exclut de la faculté de se porter héritier bénéficiaire que le successible contre qui il existe un jugement *passé en force de chose jugée*. Or, suivant l'art. 1351, les jugements ne passent en force de chose jugée qu'à l'égard des parties entre lesquelles ils ont été rendus. La disposition de l'art. 800 ne peut donc s'appliquer qu'à ceux qui ont obtenu le jugement qui condamne le successible en qualité d'héritier pur et simple, et non aux tiers à l'égard desquels ce jugement ne peut acquérir l'autorité de la chose jugée.

Cependant, la discussion qui s'éleva à ce sujet au conseil d'État, dans la séance du 9 nivôse an XI, a semblé répandre du doute sur une question assez claire par elle-même. Les rédacteurs du premier projet de Code avaient d'abord adopté l'opinion de ceux qui, par le faux argument tiré de la prétendue indivisibilité de la qualité d'héritier, pensaient que le successible condamné comme héritier pur et simple, par un jugement contradictoire, était déchu de la faculté de se porter héritier bénéficiaire, ou de renoncer, non-seulement à l'égard de celui qui avait obtenu le jugement, mais encore à l'égard de toutes personnes, même de celles qui n'avaient pas été parties au procès.

La section de législation du conseil d'État rejeta cette opinion, pour embrasser celle de Pothier. Elle proposa donc un article ainsi conçu : « Celui contre lequel un créancier de » la succession a obtenu un jugement, même » contradictoire, passé en chose jugée, qui le » condamne comme héritier, n'est réputé héri- » tier, en vertu de ce jugement, qu'à l'égard » seulement du créancier qui l'a obtenu. »

C'est cet article qui fut soumis à l'examen du conseil d'État, dans la séance du 9 nivôse an XI, et sur lequel s'éleva une longue discussion assez animée, que nous nous abstiendrons de rapporter parce qu'on la trouve dans le procès-verbal des conférences, et dans le Commentaire de Chabot sur l'art. 800.

Les rédacteurs du premier projet soutinrent leur opinion, qu'ils ne voyaient pas sans peine rejetée par la section de législation.

De leur côté, les membres de cette section soutinrent l'article proposé, et combattirent les motifs du projet rejeté.

Puis, à la fin de cette discussion, Berlier, qui défendait l'opinion de la section de législation, conclut en faveur de l'article proposé, en ajoutant que si l'art. 243 (aujourd'hui l'art. 1351) passait, « comme il y a lieu de l'espérer (et en » effet il a passé), celui qu'on discute pour- » rait être supprimé *comme inutile*, attendu » que *le principe général recevrait son applica-* » *tion à cette espèce, comme à toutes les autres.* »

Sur quoi Réal, qui défendait la même opinion, observa qu'un individu, déclaré héritier par un jugement, peut être ensuite exclu par le véritable héritier; qu'ainsi sa qualité n'est pas irrévocablement certaine; et dès lors elle peut être soumise au jugement de plusieurs tribunaux.

Immédiatement après avoir rapporté ces deux opinions, le procès-verbal se termine par ces mots : « L'article est *retranché*. »

Mais est-ce comme *inutile*, conformément à l'opinion de Berlier? On ne peut guère en douter, puisque, suivant l'expression du procès-verbal, il fut *retranché*, et non pas *rejeté*. Or, suivant la propriété des termes, on *retranche* ce qui est inutile; on *rejette* ce qu'on juge mauvais, ce qu'on ne veut pas admettre.

Ajoutez à cela qu'il est incontestable que l'art. 1351 établit en principe général, et sans exception, que l'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'en faveur de la partie qui a obtenu le jugement. Or, non-seulement l'art. 800 ne contient point d'exception formelle à ce principe, fondé, comme nous l'avons vu, sur la première règle de toute justice; mais encore les termes de ce même article, pris dans le sens légal, en rangent naturellement l'espèce sous le principe général.

Aussi Chabot, après avoir adopté, dans son premier ouvrage, l'opinion de ceux qui pensaient que le jugement rendu contre un successible, en qualité d'héritier pur et simple, le prive de la faculté d'accepter sous bénéfice d'inventaire, ou de renoncer, même à l'égard de ceux qui n'ont pas été parties au jugement, a abandonné et combattu cette opinion avec beaucoup de force, dans la 5ᵉ édition de son *Traité des successions*, tome 2, pages 602 et suivantes, où il rapporte avec un grand détail les raisons pour et contre.

257. Quant à l'objection tirée de la prétendue indivisibilité de la qualité d'héritier, il est bon d'y répondre avec quelque détail, parce qu'on abuse encore, en d'autres occasions, de cet argument, qui cependant n'est autre chose qu'un sophisme fondé sur l'abus des mots, sur une pure subtilité métaphysique.

On dit que la qualité d'héritier est indivisible, parce qu'il implique contradiction d'être, dans la même succession, héritier et non héritier; que la qualité d'héritier étant universelle, le jugement qui la déclare profite, en toute occasion, à celui à qui elle est donnée, comme elle profite contre lui à tous les intéressés.

Par suite de ce raisonnement, il faut dire que le premier jugement, qui déclare que le successible n'a point fait d'acte d'héritier, qu'il n'est pas héritier, doit avoir son effet contre tous les créanciers, quoiqu'ils n'aient pas été entendus ni appelés au jugement obtenu par le successible, quoiqu'ils allèguent des moyens et des faits nouveaux, inconnus au premier créancier qui a succombé, ce qui est d'une absurdité sensible.

Sans doute, considérée abstractivement, toute qualité quelconque, soit universelle, soit particulière, est indivisible, parce qu'une abstraction

n'a point de parties, et ne peut par conséquent être divisée. C'est ainsi qu'on ne peut en même temps être et n'être pas, parce que l'existence abstraite est réellement indivisible.

Mais si l'on considère les obligations et les droits attachés à la qualité d'héritier, autrement, les droits actifs et passifs qui la composent, rien de plus divisible que ces droits et ces obligations. La loi elle-même permet au successible de diviser les obligations attachées à cette qualité. Ces obligations sont régulièrement de payer toutes les dettes, toutes les charges de la succession, même sur ses biens personnels, après l'épuisement des biens de l'hérédité. Cependant, la loi lui permet de déclarer qu'il n'accepte la succession que sous bénéfice d'inventaire, et l'effet de cette déclaration est de le dégager entièrement de payer les dettes : il continue d'en être tenu, en qualité d'héritier, mais seulement jusqu'à concurrence de la valeur des biens de l'hérédité.

Pourquoi la chose jugée, qui est une loi pour les parties entre lesquelles le jugement a été rendu, mais non pas à l'égard des tiers, la chose jugée, dont la force est telle qu'elle pourrait faire, suivant l'expression des docteurs, *de non ente ens*, *de non jure jus*, n'aurait-elle pas le pouvoir de diviser les obligations de l'héritier? de rendre le successible héritier pur et simple à l'égard de Caïus, et seulement héritier bénéficiaire, ou même non héritier, à l'égard de Seius, c'est-à-dire, l'obliger à payer ce que le défunt devait à Caïus, et le dégager de l'obligation de ce qui était dû à Seius? Le jugement rendu en faveur de Caïus ne peut profiter à Seius ; la loi le défend : et le jugement rendu contre Seius ne peut porter atteinte au jugement rendu en faveur de Caïus; la loi le défend encore. L'un et l'autre sont des lois particulières aux personnes qui ont été parties aux jugements : tous les deux doivent donc être exécutés. Il en résultera que le successible payera en entier la créance de Caïus, même après l'épuisement des biens de l'hérédité, et qu'il ne payera point la créance de Seius. Y a-t-il en cela quelque chose qui blesse l'ordre public, quelque contradiction, quelque absurdité?

Assurément aucune. Papinien n'en trouvait pas dans l'exécution de deux jugements, dont le premier déclarait un testament inofficieux et nul, contre l'un des deux héritiers institués ; le second le déclarait valide en faveur de l'autre institué. Qu'eussent dit les partisans de l'indivisibilité? Un testament ne peut être en même temps nul et valide.

Que dit Papinien? Qu'il faut exécuter les deux jugements. Celui des héritiers institués qui a gagné son procès partagera l'hérédité avec le fils de famille qui a fait annuler le testament nul contre l'autre héritier institué. Papinien trouve-t-il quelque contradiction, quelque absurdité en ce que la validité du testament, qui paraît indivisible, se trouve néanmoins divisée par l'effet de la chose jugée? Non. *Nec absurdum videtur*, ajoute-t-il, *pro parte intestatum videri*. (*Voy.* la loi 15, ff. *de inoffic. test.*, 5, 2, dont le texte est copié *supra*, n° 234.) Et Papinien le décidait ainsi, sous une législation qui établissait pour maxime que, *nemo potest pro parte testatus, pro parte intestatus decedere* (1).

C'est l'opinion des partisans de la prétendue *indivisibilité*, et des conséquences qu'ils prétendent en tirer, qui entraînerait de véritables absurdités. Elle admet, contre la disposition expresse et générale de la loi, une exception qu'aucune loi n'autorise, une exception qui viole directement la première règle de toute justice, en érigeant en loi, contre les autres créanciers d'une succession, un jugement où ils n'ont été ni entendus, ni appelés.

Voyez de plus dans quel inextricable embarras cette opinion peut entraîner. Supposons (car enfin cela est possible) que le même jour il soit rendu deux jugements en dernier ressort, dont l'un, à la requête de Primus, déclare que Caïus, héritier présomptif de Sempronius, a fait acte d'héritier pur et simple, et le condamne comme tel; l'autre, rendu à la requête de Secundus, déclare qu'il n'a pas fait acte d'héritier, et l'absout en conséquence. Auquel des deux jugements donnera-t-on la préférence, si on ne les exécute pas tous les deux, suivant la décision de Papinien?

Bannissons donc pour toujours le sophisme tiré de l'indivisibilité prétendue des qualités ; sophisme que l'on tente encore d'introduire dans les matières d'état, où il n'est pas mieux fondé qu'en matière de succession ou d'hérédité. Les qualités abstraites ne peuvent se diviser, parce qu'une abstraction n'a point de parties; c'est l'ouvrage de notre esprit. Ce n'est pas autre chose qu'un assemblage d'idées, de droits et d'obligations que nous attachons à un mot; mais si le mot *abstrait* n'est pas divisible, les droits et obligations que nous y attachons peuvent très-bien se diviser.

258. Les qualités purement naturelles, celles qui sont formées par la nature, ne peuvent également se diviser, parce qu'une chose ne peut en même temps être et n'être pas; par exemple, la qualité de fils de tel père ou de telle mère est immuable, indivisible et indestructible aux yeux de la nature. Aucune puissance humaine (2) ne peut faire que je ne sois pas réellement le fils

(1) « Jus nostrum non patitur eumdem in paganis et » testato et intestato decessisse : earumque rerum na- » turaliter inter se pugna est, testatus et intestatus. » (L. 7, ff. *de reg. jur.*)

(2) Dieu même ne le peut, parce qu'il ne peut faire que ce qui existe n'ait pas existé : *Non tamen infectum reddet, quod fugiens semel hora vexit.*

de mon père ou de ma mère. *Jura sanguinis nullo jure civili dirimi possunt.* (L. 8, ff. *de reg. jur.*)

Mais les droits que la loi attache à la qualité de fils ne peuvent se diviser, parce qu'ils sont l'ouvrage du droit civil, tels que les droits de famille, les droits de succéder, etc.

Bien plus : si la qualité de fils est naturellement immuable, indivisible et indestructible, le droit civil peut la faire disparaître au moyen de la chose jugée. Si ma qualité de fils de tel pére est contestée, il faut bien recourir aux tribunaux pour la faire reconnaître, et leur jugement peut décider que je ne suis pas fils de mon père. Ce jugement, quoique fondé sur une erreur passera aux yeux de la loi pour une vérité : *Res judicata pro veritate habetur.*

Les tribunaux peuvent également décider que je suis fils de tel père et de telle mère, quoique dans la vérité je ne le sois pas, et cette décision sera une vérité légale, une vérité irréfragable. Je serai leur fils aux yeux de la loi, quoique je ne le sois pas aux yeux de la nature; je serai le frère de leurs enfants, le parent de tous leurs parents, en un mot, membre de la famille, et j'en exercerai tous les droits, quoique dans la vérité j'y sois étranger. C'est ce qui fait dire aux glossateurs que la chose jugée peut faire *de non ente ens, de non jure jus.*

Si la chose jugée peut détruire, aux yeux de la loi, la qualité naturelle d'enfant de tel père et de telle mère, ou du moins la faire disparaître, pourquoi ne pourrait-elle pas décider, par un premier jugement, rendu contre les héritiers d'une femme mariée, que tel individu est son fils, et par un second, rendu en faveur des héritiers de son mari, qu'il n'est pas son fils, ou du moins qu'il n'est pas son fils légitime?

Ces deux jugements seront contraires. Oui, sans doute; mais est-ce une raison pour ne pas les exécuter tous les deux, lorsqu'il est possible de le faire? Papinien ne le pensait pas; il disait, au contraire, et très-affirmativement, qu'alors que deux jugements, rendus contradictoirement avec le fils de famille, avaient décidé sur les mêmes moyens, l'un, contre l'un des héritiers institués, que le testament du père était inofficieux et nul ; l'autre, en faveur du second institué, que le testament était valide, il fallait exécuter les deux jugements, quoique contraires, comme si le père avait institué son fils pour une moitié. (L. 15, § 5, ff. *de inoffic. test.*, 5, 2.)

Dans l'espèce où se trouvait Masson Maisonrouge, nous avons vu qu'un premier arrêt du 29 mai 1789 avait décidé qu'il succéderait à sa mère, et la succession de Rotisset, frère de cette dernière, fut condamnée à lui rendre compte des biens de l'hérédité ; et qu'un second arrêt du 20 juillet 1790 avait décidé qu'il ne pouvait succéder aux biens de son père, parce qu'il était bâtard adultérin; et que ce dernier arrêt avait formellement laissé subsister le premier contre la succession Rotisset, parce qu'en effet rien n'était plus facile que d'exécuter ces deux jugements, quoique contraires, puisqu'il en résultait seulement que Maisonrouge succédait à sa mère et non pas à son père.

De ces deux arrêts contraires, l'un était nécessairement fondé sur une erreur, et contraire à la vérité; mais ce n'était point assez, suivant les lois, pour les rétracter et les soumettre à une révision ; encore moins pour que l'un des deux l'emportât sur l'autre; tous deux avaient en leur faveur cette présomption de vérité légale, que la grande raison de l'intérêt public a fait établir pour maintenir la stabilité irréfragable de la chose jugée. Il fallait donc les exécuter tous les deux, puisqu'il était possible de le faire.

C'est sur cette possibilité d'exécution que sont fondées les dispositions de l'ordonnance de 1667, et du nouveau Code de procédure, sur l'admission de la requête civile, pour contrariété d'arrêts. Cette contrariété n'est point suffisante. Ces deux lois exigent l'une et l'autre, pour donner ouverture à la requête civile (1), que les jugements contraires soient rendus *entre les mêmes parties.* Pourquoi cela? Parce qu'il est alors impossible de les exécuter tous les deux, puisqu'ils se détruisent mutuellement. Si l'une des parties voulait faire exécuter l'arrêt qui lui est favorable, l'autre lui opposerait l'arrêt contraire.

Mais, lorsque les deux jugements ne sont pas rendus entre les mêmes parties, comme dans l'espèce de Papinien, comme dans celle de Masson Maisonrouge, on peut facilement exécuter les deux arrêts; et puisqu'on le peut, on le doit; car tous les deux sont défendus par l'autorité imposante de la chose jugée. La loi n'accorde aucun moyen pour les rétracter. On ne peut le faire sans une disposition très-précise de la loi

259. Deux arrêts récemment rendus par la cour royale d'Angers ont suivi ces principes, et rejeté le sophisme de *l'indivisibilité*, dans l'espèce suivante (2) :

En prairial an II, René Vaudolon épousa Louise Bourreau. Deux jours après, il est forcé de partir comme réquisitionnaire pour l'armée des Pyrénées.

Son père meurt le 30 floréal an IV. Louise Bourreau fait nommer un curateur à son mari absent, pour concourir au règlement de la succession. Il est à remarquer que, dans le compte rendu devant notaire, le 8 pluviôse an VI, elle prit la qualité de femme de René Vaudolon, dé-

(1) Ordonnance de 1667, tit. 35, art. 34 ; Code de procédure, art. 480, n° 6.

(2) Ces arrêts sont rapportés dans les Affiches d'Angers, an 1821, nos 67, 69 et 70.

fenseur de la patrie, *de qui elle n'a eu aucune nouvelle depuis plus de quatre ans.*

Cependant elle était enceinte, et accoucha d'un garçon le 10 floréal an VI. L'acte de sa naissance, dressé par l'officier de l'état civil de Dissé, porte, après les énonciations ordinaires : « Lesquels nous ont déclaré que Louise Bour- » reau, femme en légitime mariage de René » Vaudolon, absent depuis environ quatre ans, » étant au service de la patrie, comme réquisi- » tionnaire, est accouchée ce jour, à cinq heu- » res du matin, dans leur domicile..., d'un » enfant mâle à qui il a été donné le prénom de » René. »

Le 14 fructidor an VI, Louise Bourreau, se disant veuve de René Vaudolon, obtint, contre le curateur de son mari absent, un jugement du tribunal de la Sarthe qui le condamne en une provision alimentaire de 200 liv. Dans la signification de ce jugement, le 24 prairial an VII, elle prit encore la qualité de veuve.

A ce même titre, et comme ayant été commune en biens et aussi comme tutrice de son enfant, elle exposa, le 5 nivôse an VII, au juge de paix du Lude, que son mari était décédé à Bellegarde, département de Sambre-et-Meuse, en brumaire an VII.

Peu après elle mourut assassinée.

Le 16 fructidor an VII, dans l'assemblée des parents pour la nomination d'un tuteur à l'enfant, les parents paternels le désavouèrent, et déclarèrent ne vouloir concourir que comme amis.

Claude Bourreau, frère de la mère, fut institué tuteur. Les autres parents maternels concoururent à sa nomination.

Antoine Vaudolon, mari de Marie Vaudolon, sœur du père de l'enfant, fit citer, dès le 27 du même mois, Claude Bourreau, en sa qualité de tuteur, pour voir juger nul l'acte de naissance du mineur René, quant à sa dénomination d'enfant issu de René Vaudolon, etc.

Une assez grande involution de procédures suspendit la décision de l'affaire jusqu'au 14 thermidor an XI, jour où le tribunal de la Flèche rendit un jugement où il est dit que « le tribu- » nal a reconnu que la cause présente à juger » les questions suivantes, savoir :

» *Dans le fait*, si, avant la conception de » l'enfant auquel Louise Bourreau a donné le » jour, son mari vivait encore ;

» *Dans le droit*, si la demande d'Antoine » Vaudolon, à fin d'envoi en possession de la » succession de René Vaudolon, au profit de » Marie Vaudolon, sœur de celui-ci et femme » du demandeur, est bien fondée. »

Sur la première question, le tribunal décide la négative, et sur la seconde, que la demande d'Antoine Vaudolon était fondée. Il est inutile d'entrer dans le détail de ses motifs, parce que nous n'avons point à examiner si le jugement est bien rendu; d'ailleurs l'arrêt résume ces motifs comme suit :

« Il résulte du procès qu'à l'époque de la con- » ception de René, dont Louise Bourreau est » accouchée, le 10 floréal an VI, René Vaudo- » lon, son mari, n'existait plus, et n'est point le » père de l'enfant...; d'où suit que l'enfant mi- » neur, dont Claude Bourreau est tuteur, n'est » que le fils naturel de ladite défunte Louise » Bourreau.

» Par ces considérations, le tribunal envoie » Antoine Vaudolon, comme époux de Marie » Vaudolon, en pleine propriété et jouissance » de la succession de René Vaudolon...; fait dé- » fense à Claude Bourreau, aux qualités qu'il » procède, de l'y troubler, etc. »

Ce jugement fut signifié au tuteur le 16 fructidor an XI. Il n'en fut point interjeté appel dans les délais. Il passa donc incontestablement en force de chose jugée, en faveur des héritiers et de la famille de René Vaudolon, mari de Louise Bourreau ; mais avait-il la même autorité en faveur des héritiers et parents de Louise Bourreau ? C'est la question qui reste à examiner.

Malgré le jugement du tribunal de la Flèche, qui le déclarait fils naturel de Louise Bourreau, René continuait de jouir de tous les biens de sa mère, dont les héritiers l'avaient toujours reconnu pour fils légitime; mais ayant eu connaissance du jugement de la Flèche, ils se pourvurent, au mois de décembre 1817, en restitution des biens qu'il avait recueillis, devant le tribunal de Saint-Calais, qui, par jugement du 22 mai, déclara irrévocablement fixé, parce qu'il s'agissait d'une chose *indivisible*, l'état du défendeur, comme enfant naturel de Louise Bourreau, le condamna à restituer aux demandeurs les biens meubles et immeubles, provenant de la succession de Louise Bourreau, avec les fruits échus du jour de la demande, sauf à lui à se pourvoir, pour se faire délivrer les droits qui lui compètent dans la même succession, aux termes de l'art. 757 du Code civil, etc.

Au mois d'août 1819, René, devenu majeur, se rend appelant à la cour royale d'Angers, tant du jugement rendu par le tribunal de la Flèche, le 14 thermidor an XI, que du jugement rendu par le tribunal de Saint-Calais le 22 mai 1818; et, sur ces deux appels, la cour royale d'Angers rendit deux arrêts, prononcés le même jour 11 avril 1821.

Par le premier arrêt, « la cour, considérant que le jugement du tribunal de la Flèche, du 14 thermidor an XI, fut signifié, dans l'an XI, au tuteur de l'appelant, et que la signification en fut faite au nom d'Antoine Vaudolon en qualité de mari de Marie Vaudolon, déclare l'appel interjeté non recevable, et condamne l'appelant à l'amende et aux dépens. »

Ainsi, voilà l'appelant René déclaré fils naturel de sa mère, Louise Bourreau, en vertu du jugement de la Flèche, passé en force de chose jugée.

Par le second arrêt, rendu le même jour 11 avril 1821, sur l'appel du jugement de Saint-Calais, la cour d'Angers :

« Considérant que le jugement rendu à la » Flèche, le 14 thermidor an XI, auquel le tri- » bunal de Saint-Calais a attribué l'autorité de » la chose jugée, pour l'appliquer à l'instance » pendante devant lui, et y prendre une règle » de sa décision, n'était pas intervenu entre les » mêmes personnes qui comparaissaient devant » lui, et qu'ainsi, il a fait une fausse application » évidente de l'art. 1351 du Code civil; etc. »

Ce motif, dont la solidité n'est pas douteuse, rejette bien clairement la prétendue indivisibilité sur laquelle s'était appuyé le tribunal de Saint-Calais, pour donner, contre des personnes tierces, l'autorité de la chose jugée au jugement rendu par le tribunal de la Flèche, le 14 thermidor an XI.

Au fond, la cour d'Angers, « considérant qu'il » y a eu un mariage entre Louise Bourreau et » René Vaudolon, qu'il est constant que l'appe- » lant, auquel a été donné à sa naissance le nom » de René, est le fils de Louise Bourreau; qu'il » a été inscrit sur le registre comme fils d'une » femme légitimement mariée, avec déclara- » tion que le mari était absent, etc...; que les » intimés, frères de sa mère, loin d'avoir con- » testé la légitimité de cet enfant, l'avaient » regardé comme tel;

» Faisant droit sur l'appel interjeté par René » Vaudolon du jugement rendu par le tribunal » de Saint-Calais, a mis l'appel au néant; cor- » rigeant et réformant, faute par les intimés de » rapporter la preuve légale de la dissolution du » mariage de Louise Bourreau, leur sœur, anté- » rieurement à la conception de son fils, les dé- » clare non recevables à contester l'état par eux » précédemment reconnu de René Vaudolon, » leur neveu, le *relaxe* des demandes et conclu- » sions par eux prises contre lui, etc. (1). »

Ces arrêts nous paraissent inattaquables, si ce n'est par des moyens que nous ne connaissons pas. Au reste, cette affaire nous présente un nouvel exemple du même individu déclaré, comme Maisonrouge, habile à succéder à sa mère comme enfant légitime, et non pas au mari de sa mère, comme illégitime : jouissant des droits de la légitimité dans la famille de sa mère, et non dans celle du mari de sa mère. En cela nulle absurdité, puisque les deux jugements peuvent être exécutés : *nec absurdum videtur.*

Si les droits du sang, qui sont l'œuvre de la nature, ne peuvent être détruits par la loi civile, la légitimité est son ouvrage : elle peut donc faire que tel individu soit légitime dans la famille de sa mère, qui est toujours certaine, et non dans celle du père, lequel est toujours incertain.

C'est une conséquence nécessaire et directe des principes établis sur l'autorité de la chose jugée, fondés sur les motifs les plus puissants d'intérêt public, et consacrés par l'art. 1351 du Code, qui, n'ayant point fait d'exception respectivement à la qualité d'héritier ou à celle d'enfant légitime, ne laisse pas aux tribunaux le pouvoir d'en faire une arbitrairement, puisqu'elle n'est point dans le texte de la loi, ni même dans son esprit.

240. De toutes les conditions exigées pour donner lieu à l'autorité ou l'exception de la chose jugée, la plus importante sans contredit est, comme nous l'avons vu, *que la demande soit entre les mêmes parties*, parce que cette condition dérive de la maxime de justice éternelle que *personne ne doit être condamné sans avoir été entendu.* Si des considérations d'intérêt public y ont fait admettre l'exception que nous venons de développer, en faveur des *actions préjudicielles* proprement dites, c'est-à-dire des causes d'état, exception introduite par le droit romain, et naturalisée en France depuis plusieurs siècles; on ne peut, ce nous semble, en introduire une autre, à moins qu'elle ne soit prononcée par une loi précise. Toute exception arbitraire violerait la règle fondamentale de toute justice. Aussi, nous avons vu que la jurisprudence a rejeté l'exception que l'on cherchait à introduire, sous le prétexte de l'indivisibilité des qualités d'héritier ou d'enfant légitime.

Cependant un jurisconsulte profond, qui exerça longtemps, dans une place éminente, les fonctions du ministère public avec un grand éclat, a proposé une nouvelle exception relative aux jugements criminels qui condamnent ou absolvent un accusé. Il avait avancé que le jugement rendu sur l'action publique, sur la poursuite et à la réquisition du ministère public, devait avoir l'autorité de la chose jugée pour ou contre l'action civile en dommages et intérêts portée devant un tribunal civil. Il avait même énoncé cette proposition en forme de règle de droit : *Le criminel l'emporte sur le civil.* Cette règle nous ayant paru fausse et surtout dangereuse par l'imposante autorité du magistrat qui la proposait, et dont le successeur avait adopté la doctrine, nous crûmes devoir la combattre, tom. 4 (VIII, éd. fr.), n°s 30 et suiv. (2).

(1) Il y a eu pourvoi en cassation, mais le pourvoi a été rejeté par arrêt du 28 juin 1824. Dalloz, t. 4, p. 141.

(2) Il y a quatre cas principaux dans lesquels peut se produire l'influence du criminel sur le civil en matière de chose jugée, et sur lesquels nous croyons devoir nous arrêter un instant :

1° Lorsque, par ordonnance de la chambre du conseil, il a été déclaré qu'il n'y a pas lieu à suivre contre un individu. — Merlin, *Répertoire*, v° *Non bis in idem*, soutient l'autorité de la chose jugée et prétend que devant les tribunaux ordinaires, la culpabilité ne peut être remise en question sous le rapport des intérêts civils.

2° Lorsqu'un individu traduit devant le jury a été

acquitté, par cette formule : Non, l'accusé n'est pas coupable, le même fait peut-il être reproduit au civil? Merlin pose en principe que la déclaration du jury, relativement à un faux, par exemple, ne dispense pas l'accusé de prouver la vérité de l'acte s'il en demande l'exécution en justice; car alors l'accusé devient demandeur, et il résulte seulement de la déclaration du jury qu'il n'y a pas eu de preuves suffisantes pour établir ou le délit ou la culpabilité. Mais à l'hypothèse présentée par Merlin pour faire sentir que le jugement criminel qui déclare seulement que le faux n'est pas constant ne peut avoir d'influence sur l'action civile, hypothèse qui manque de justesse dans l'application, puisque les deux actions successivement formées n'ont point le même objet, Dalloz substitue celle offerte par la loi 30, § 1er, *in medio*, ff. *de except. rei judicat.* Il en est autrement lorsqu'un jugement criminel rendu avec la partie civile a décidé qu'un acte de décès n'est point faux. Un tribunal civil peut aujourd'hui, se fondant sur ce jugement, décider une question d'état.

Merlin fait une différence entre l'action civile en dommages, et celle qui a pour objet l'exécution d'un acte argué de faux. Au deuxième cas, l'accusé devient demandeur, il doit prouver. Au premier cas, il est défendeur, et comme tel il doit profiter du vague de la déclaration.

Merlin sous-distingue encore entre le faux en écriture privée et le faux par acte authentique. Le premier peut encore être décidé au civil, le second ne peut céder qu'à l'inscription de faux; et comme un acte n'est susceptible de faux incidents qu'autant qu'il n'a pas été vérifié dans une précédente instruction, il en résulte d'après cet auteur que cet acte ne peut plus être argué de faux. Dalloz critique cette sous-distinction sur le motif d'abord que l'art. 214 du Code de procédure ne distingue pas entre l'acte privé et l'acte authentique; et qu'ensuite une pièce n'est pas vérifiée par cela qu'elle a été l'objet d'une poursuite, et que l'accusé a été acquitté. La vérification ne peut exister qu'autant qu'il y a une déclaration expresse.

Peut-on décider en principe qu'à l'égard d'un faux sous seing privé la déclaration de la chambre d'accusation s'oppose à ce qu'on puisse ensuite, au civil, contester la vérité de cette pièce? Merlin soutient la négative. Faisons remarquer que, d'après les lois romaines, le jugement qui rejette une action en faux ne forme pas obstacle à ce qu'on attaque ensuite le même acte pour cause de nullité. Ne pourrait-il en être de même dans le cas inverse?

3° Lorsqu'un tribunal correctionnel a renvoyé pour non-existence du délit, le délit peut-il être reproduit à fins civiles?

4° Lorsqu'un individu a été déclaré coupable, peut-il remettre en question au civil le fait qui a motivé sa condamnation?

Merlin pose en principe que l'acquittement ou la condamnation ont une influence nécessaire et forcée au civil; encore même que la personne lésée n'aurait pas été partie au jugement criminel. Mourre a encore donné à ce principe des conséquences plus étendues que Merlin; Toullier, comme on le voit, n° 240, attaque ces doctrines. Legraverend, *Traité de législation criminelle*, et Bourguignon, *Jurisprudence des Codes criminels*, examinent la question sans donner de nouveaux renseignements. Legraverend adopte l'opinion de Toullier. Les principaux arguments de chacun de ces auteurs se placent naturellement dans le résumé qui va suivre de l'opinion de Dalloz.

A ne considérer l'influence du criminel sur le civil que d'après les principes du droit romain et de l'art. 1351 du Code civil, il est douteux que les jugements criminels puissent régler le sort de l'action civile; mais il faut songer que ces principes ont trait particulièrement au cas de deux actions de même genre, et ils peuvent rester étrangers à l'influence du civil sur le criminel, et réciproquement, sans qu'on puisse en conclure que cette influence n'existe pas.

L'autorité du criminel sur le civil s'appuie sur d'autres règles également consacrées par la loi. Ainsi l'art. 3 du Code d'instruction criminelle suspend l'exercice de l'action civile jusqu'au prononcé sur l'action criminelle. Or, pourquoi cette suspension si le criminel est sans influence sur le civil? Évidemment on a eu en vue d'empêcher que ce qu'un tribunal a jugé vrai ne puisse être jugé faux par un autre tribunal. Ce motif aurait amené une disposition semblable pour l'influence du civil sur le criminel, mais on a senti que l'action criminelle ne pouvait, sans danger pour la société, être subordonnée à l'action civile. L'influence du civil sur le criminel a été admise dans deux cas, et il importe de remarquer que ce n'est que par application des principes de la chose jugée, puisqu'il n'y a identité ni d'objets ni de personnes, mais plutôt en vertu de la suspension que prononce l'article cité. Ainsi les jugements criminels doivent influer, en général, sur l'action civile de la même manière que les jugements civils sur l'action criminelle. (Arg. de l'art. 463 du Code d'instruction criminelle, qui dispose qu'en cas de faux, les actes seront rayés.) Or comment un acte rayé ou bâtonné servirait-il de fondement à l'action civile? Du reste, on raisonne pour le cas où la partie civile n'a pas paru au débat; si elle y a paru, la chose jugée existe avec tous ses caractères. Cela n'est pas douteux. Donc les jugements criminels ont une influence légale sur les jugements civils, mais seulement lorsque le fait sur lequel repose l'action civile a été clairement et nécessairement jugé dans l'instance criminelle. Mais nulle présomption, nulle conjecture ne doit être admise. Il faut qu'il y ait évidence.

D'accord avec Merlin et Mourre, Dalloz établit ensuite que tout jugement de condamnation, que la partie civile y ait ou non figuré, produit au civil l'effet de la chose jugée, sur le fait dont le condamné a été déclaré coupable.

Toullier fonde l'opinion contraire : 1° sur les principes de la chose jugée qu'il ne trouve pas ici : Dalloz, faisant abstraction, dans ce système, des règles de la chose jugée, n'a pas à répondre à cette objection; 2° sur ce qu'au criminel, le jugement laisse quelquefois, en cas d'acquittement par exemple, le fait indécis et vague. Mais de ce que ces jugements ne produisent pas toujours la chose jugée, il ne faut pas en conclure qu'ils ne la produisent jamais. Un jugement, on en convient, qui ne décide pas le fait matériel, ne liera pas le juge civil; mais celui-ci ne pourra méconnaître la réalité d'un fait, au mépris d'un jugement criminel qui en aura virtuellement proclamé l'existence. 3° Enfin, la condamnation peut être injuste, et tomber par suite de révision. Mais l'erreur est possible aussi en matière civile, et cela n'a pas empêché de consacrer la chose jugée. D'ailleurs, il n'est pas douteux que si le condamné parvient à faire anéantir la condamnation, ses intérêts civils ne renaissent.

On argumente encore de l'art. 235 du Code civil. On dit: Cet article en matière de divorce suspend l'action civile jusqu'au jugement de l'action publique, et cependant il déclare que le jugement criminel n'exercera aucune influence sur l'action civile. Mais la suspension de l'action en divorce, dans les cas où les faits allégués peuvent motiver une poursuite criminelle, est ordonnée par une raison toute simple : c'est que si l'époux accusé est condamné à une peine infamante, le divorce a lieu de plein droit. Que l'époux, en cas d'acquittement, ne puisse opposer son jugement d'absolution à l'action en divorce,

241. Dans la 3e édition de ses *Questions de droit*, vº *Faux*, § 6 (1), Merlin a expliqué et beaucoup modifié sa première doctrine. Il déclare qu'en disant que *le criminel l'emporte sur le civil; que l'action civile doit réussir, si l'action publique, qui lui est préjudicielle, réussit, et échouer, si l'action publique échoue;* que, par conséquent, le jugement *rendu sur l'action publique reçoit, à l'action civile, une application nécessaire et forcée,* il n'a entendu dire autre chose, si ce n'est que lorsqu'entre le fait sur lequel a porté l'action publique et le fait qu'il s'agit ensuite de juger civilement, il y a une connexité tellement nécessaire, que la vérité ou la fausseté *de l'un emporte la vérité ou la fausseté de l'autre,* le jugement criminel lie les mains au juge civil (2); il a irrévocablement l'autorité de la chose jugée.

Cette modification, ainsi énoncée, fait naître beaucoup de questions et de distinctions, qu'il examine en divers endroits du même ouvrage, mais qui deviennent inutiles, si, comme nous persistons à le penser, le jugement rendu sur l'action publique ne peut produire l'exception de la chose jugée pour ou contre l'action civile, dans les cas mêmes où il y a connexité entre le fait sur lequel a porté l'action publique, et celui sur lequel doit porter l'action civile; tellement que la vérité ou la fausseté de l'un emporte la vérité ou la fausseté de l'autre.

242. Nous avons déjà vu que cette connexité, que l'identité même des faits, ne suffisent pas pour qu'il y ait lieu à l'autorité de la chose jugée; il faut encore identité de l'objet des deux actions, ou de la chose demandée, et surtout *identité des personnes.* Ainsi, comme nous l'avons dit *supra*, d'après d'Argentré, d'après Papinien, *de deux frères fondés en mêmes droits, titres et cause, l'un perd sa cause, l'autre la gagne.* Pourquoi cela? Parce qu'il n'y a pas *identité des personnes;* condition essentielle, fondée sur la première règle de toute justice, et sans laquelle il ne peut y avoir lieu à l'exception de la chose jugée.

243. Cette identité des personnes dans l'action publique et dans l'action civile ne peut exister que dans le seul cas où la personne lésée par un délit s'est rendue partie civile dans le procès criminel, car alors le jugement d'absolution ou de condamnation qui intervient, étant contradictoire avec elle, doit produire en sa faveur, ou contre elle, l'exception de la chose jugée.

En ce cas, il est évident qu'il y a dans les deux actions identité de personnes, et même identité d'objet ou de chose demandée; car si l'action publique, sur laquelle a été rendu le jugement, n'avait pour objet que l'application de la peine, la personne lésée en intervenant, pour joindre à l'action publique son action civile et privée, a donné au procès criminel un objet de plus. Si la partie publique y a pour-

---

la raison n'en est pas moins sensible. Les faits reprochés peuvent ne pas caractériser un crime, et être suffisants pour motiver le divorce.

Aussi plusieurs arrêts ont décidé que lorsqu'un jugement criminel a décidé un fait de culpabilité, ce jugement, devenu inattaquable, sert de base aux condamnations civiles.

Mais il n'en est pas de même si le jugement a prononcé l'acquittement.

Plusieurs distinctions se présentent. Si l'acquittement a eu lieu, soit parce que le fait criminel n'existe pas, soit parce que l'accusé n'en est pas l'auteur, la plus petite condamnation pécuniaire ne saurait être prononcée sans violer la chose jugée.

Au contraire, si l'acquittement a été prononcé sur la simple déclaration que l'accusé n'est pas coupable, suivant Mourre, il n'est pas permis de rechercher les motifs de cette décision; il y a chose jugée. Mais c'est précisément parce qu'on ne peut rechercher les motifs du juge, qu'il faut rejeter l'autorité de la chose jugée; car l'absolution a pu être prononcée par l'absence d'intention criminelle seulement, et cela n'exclut pas l'existence du fait matériel. C'est au surplus l'opinion de Carré sur l'article 214 du Code de procédure civile.

La déclaration qu'un fait n'est pas constant, ou qu'il n'est pas constant qu'un accusé en soit l'auteur, offre plus de difficultés. On peut dire qu'en droit, ce qui n'est pas prouvé est réputé ne pas exister. Cette raison, suffisante pour l'acquittement, ne l'est pas pour écarter l'action civile; car il ne résulte pas de la déclaration que le fait soit faux ou que l'accusé n'en soit pas coupable.

Les ordonnances des chambres du conseil, ou des chambres d'accusation, ont-elles, sur l'action civile, la même influence que les jugements criminels? Carré enseigne qu'une ordonnance portant qu'*il n'y a pas lieu à suivre* forme obstacle à l'action civile. Dalloz pense que cette formule n'est pas assez catégorique, et qu'elle offre autant de vague que la déclaration du jury dont nous avons parlé au commencement de cette note: *Non, l'accusé n'est pas coupable.* Mais en admettant, ce qui n'a pas lieu ordinairement, que ces chambres se prononcent formellement sur le fait, il n'en reste pas moins vrai que leur décision n'est pas définitive, puisqu'elle n'empêche pas de nouvelles poursuites, si on découvre de nouvelles charges, et, à ce titre, elle ne peut nullement influer sur l'action civile.

Le jugement criminel qui prononce sur l'existence d'un fait peut-il influer sur les droits des tiers qui ne représentent ni la partie civile ni l'accusé? Merlin enseigne la négative qu'il fonde sur les principes de la chose jugée. Dalloz donne la même solution, mais en en faisant abstraction. En effet, dit-il, de même qu'au civil, le jugement sur l'exception préjudicielle de propriété n'a d'influence qu'à l'égard du ministère public et de la partie civile, de même le jugement criminel préjudicie à l'action civile seulement, pour ceux qui ont figuré ou pu figurer dans ce débat.

Nous terminons ici ces observations, que nous avons jugées indispensables pour éclaircir cette question à la fois si importante et si délicate.

(1) Quatrième édition, imprimée chez Tarlier, t. 7, p. 165.

(2) Du reste, Merlin convient que si le jugement criminel ne statue pas positivement sur l'existence ou la non-existence du délit, il ne peut influer en rien sur le jugement civil.

suivi, pour l'intérêt de la société et au nom du roi, la preuve du délit et de la culpabilité de l'accusé, et demandé l'application de la peine, la partie civile a poursuivi la même preuve pour son intérêt privé, et demandé ou dû demander la réparation du dommage qu'elle a souffert, s'il y avait lieu; et, par conséquent, le jugement qui a déclaré la preuve acquise ou non acquise doit avoir l'autorité de la chose jugée contre la partie lésée, qui ne peut plus alors porter son action civile devant un autre tribunal.

Si, au contraire, la partie lésée par le délit, au lieu d'intervenir dans le procès criminel, porte son action en dommages et intérêts devant un tribunal civil, il n'y a plus évidemment, entre cette action et l'action publique déjà jugée, ni identité de personne poursuivante ou demanderesse, ni identité dans l'objet de l'action ou dans la chose demandée.

Il peut y avoir, à la vérité, identité dans la cause sur laquelle l'action publique et l'action civile sont fondées, c'est-à-dire dans le fait, quoique considéré sous deux rapports très-différents, savoir : dans l'action publique, comme un délit nuisible à la société, et que le ministère public est seul chargé de poursuivre; et dans l'action civile ou privée, comme un fait qui a préjudicié aux intérêts privés d'un particulier, lequel peut seul demander la réparation du dommage qu'il a souffert. Ainsi, quoique considéré sous deux rapports divers, ce même fait est la cause sur laquelle sont fondées l'action publique, pour l'application de la peine, et l'action privée ou civile, pour la réparation du dommage.

244. Mais cette identité du fait, cette identité de la cause sur laquelle sont fondées la première action déjà jugée, et la seconde, qu'on veut faire juger, ne suffit pas pour opposer à celle-ci l'autorité ou l'exception de la chose jugée; il faut encore *que la chose demandée soit la même;... que la demande soit entre les mêmes parties.* Ainsi l'exige impérieusement l'art. 1351 du Code civil, dont la disposition est applicable au cas où les actions sont portées successivement du tribunal civil dans un tribunal criminel.

En voici un exemple, emprunté de Merlin (1) :

« Lorsque le jugement civil a précédé le ju-
» gement criminel, le premier ne peut et ne
» doit influer en rien sur le second, et le juge
» criminel doit prononcer sur le fait imputé à
» crime, ainsi que sur la culpabilité de l'accusé,
» avec la même liberté, avec la même latitude
» de pouvoir, que si le juge civil n'avait pas
» encore statué sur l'un ni sur l'autre. »

Pourquoi cela? Parce que, dans l'action publique, la demande n'est point *entre les mêmes parties, la chose demandée n'est pas la même.*

« Par exemple, continue Merlin, Pierre ex-
» pose au juge civil que Paul lui a volé, à force
» ouverte, une somme d'argent, et conclut à ce
» que Paul soit condamné à lui restituer cette
» somme. Paul se défend et parvient à obtenir
» un jugement qui, en déclarant la demande de
» Pierre calomnieuse, l'en décharge, avec dom-
» mages, intérêts et dépens.

» Quelque temps après, le ministère public
» rend plainte contre Paul, pour avoir volé à
» Pierre la même somme d'argent. Il produit
» la preuve de ce délit, et requiert la condam-
» nation du prévenu. Pierre pourra-t-il oppo-
» ser à cette plainte, à ces preuves, à ce réqui-
» sitoire, le jugement civil qui l'a déchargé?
» Non, *car le jugement n'a pas été rendu avec le*
» *ministère public;* et il est de principe que les
» jugements ne peuvent être opposés *qu'aux*
» *parties avec lesquelles ils ont été rendus*, et à
» ceux qui les représentent. Paul sera donc
» condamné par le tribunal criminel, s'il est
» reconnu coupable, quoique le tribunal civil
» l'ait précédemment jugé innocent. »

245. Pourquoi donc, lorsque le jugement criminel a précédé le jugement civil, aurait-il une influence nécessaire et forcée sur ce dernier? Pourquoi produirait-il l'exception de la chose jugée, pour ou contre la demande civile en réparation des dommages et intérêts? La partie demanderesse n'est pas la même, la chose demandée n'est pas la même : le jugement criminel ne doit donc pas avoir l'autorité de la chose jugée contre l'action civile portée dans un autre tribunal. C'est une conséquence tellement directe, tellement nécessaire des dispositions de l'art. 1351 du Code civil, que, pour la rejeter, il faudrait qu'une autre loi précise prononçât formellement une exception relative aux jugements criminels. Or il n'en existe pas, nous ne craignons pas de l'affirmer, car Merlin n'en peut citer aucune.

L'art. 360 du Code d'instruction criminelle dit, il est vrai, que « toute personne acquittée *légalement* ne pourra plus être *reprise ni accusée* à raison du même fait. »

Mais, comme l'indiquent assez les expressions mêmes de cet article, et comme l'a expressément décidé la cour de cassation, dans un arrêt du 11 octobre 1817 (2), cette disposition n'est relative qu'à l'action publique, pour l'application des peines, et non à l'action en dommages et intérêts (3).

---

(1) *Répertoire de jurisprudence*, vo *Chose jugée*, § 15 (éd. Tarlier, t. 4, p. 305).

(2) Rapporté dans les *Quest.*, 4e édit., vo *Réparation civile*, § 2.

(3) Par arrêt du 14 juin 1825, la cour de Bruxelles a décidé que les jugements rendus à la requête du ministère public, par les tribunaux de police, comportent force de chose jugée en faveur de la partie lésée, pour la demande à intenter civilement.

Par arrêt du 21 janvier 1824, la même cour a jugé

246. A défaut d'une exception qui ne se trouve dans aucune loi, Merlin, pour soutenir son opinion, a recours aux ressources de la dialectique. Il s'efforce de prouver que le jugement criminel, quoique la partie civile n'y soit pas intervenue, n'en a pas moins l'autorité de la chose jugée dans le procès civil :

1° Parce que *les deux demandes*, celle du ministère public et celle de la partie lésée, *sont identiques dans leur objet fondamental;*

2° Parce que, d'un autre côté, il y a aussi *identité des parties;*

3° Parce que l'action publique est une question préjudicielle, qui entraîne nécessairement le jugement de l'autre action;

4° Parce que la cour de cassation a pensé que, lorsqu'un tribunal criminel a jugé affirmativement un fait de culpabilité contre un prévenu, le jugement, devenu inattaquable, sert également de *base* aux demandes civiles, qui en sont les accessoires.

247. Suivons ces raisonnements, et voyons d'abord s'il y a ce qu'il appelle *identité d'objet* dans deux demandes qui paraissent si différentes, l'application d'une peine, une somme d'argent pour réparation d'un dommage privé.

Cette identité, suivant Merlin, quoique moins saillante, lorsque la personne lésée n'est point intervenue dans le procès criminel, n'en est pas moins *réelle*. Sans doute, dit-il, il n'a point été question dans le procès criminel de l'intérêt privé de la partie lésée; mais il y a été question, *en première ligne*, de savoir si le délit était constant; et le ministère public, en demandant, par la voie criminelle, que le délit fût déclaré constant, demandait précisément ce que la partie lésée demande, soit par action, soit par exception, dans l'instance civile.

Donc il y a identité d'objet.

Rien de moins vrai que cette conséquence. Nous en prouvons d'abord la fausseté par une autorité irrécusable, surtout pour Merlin, par les art. 5 et 6 du Code des délits et des peines, du 3 brumaire an IV. L'art. 5 porte :

« L'action *publique* a pour *objet* de punir les » atteintes portées à l'ordre social. »

L'art. 6 : « L'action *civile* a pour *objet* la ré- » paration du dommage que le délit a causé. »

L'action *publique* et l'action *civile* n'ont donc pas le même objet. La conséquence nous paraît sans réplique.

L'objet du fonctionnaire chargé d'exercer l'action publique est la *recherche* et la *poursuite* de tous les délits dont la connaissance appartient aux tribunaux criminels. C'est pour cela qu'il est institué. (Art. 22 du Code d'instruction criminelle.) Il commence donc par demander à faire preuve du délit et de la culpabilité du prévenu. Si l'instruction lui procure la preuve, tant de l'existence du délit que de la culpabilité de l'accusé, il requiert l'application de la peine prononcée par la loi; mais il lui est interdit de demander la réparation du dommage privé qu'éprouvent les particuliers lésés par le fait qui constitue le délit. L'objet de l'action *publique* est donc réellement de punir les délits ou les atteintes portées à l'ordre social, comme l'a fort bien dit Merlin, sur le Code des délits et des peines du 3 brumaire an IV.

L'objet direct, l'objet unique de l'action civile, qui appartient aux personnes lésées par un délit, est une somme d'argent pour réparation du dommage qu'elles ont souffert. Il leur est défendu de demander l'application d'une peine quelconque au fait qui leur a causé le dommage. Si le défendeur nie que le fait ait existé, ou qu'il en soit l'auteur, le demandeur doit prouver sa demande; c'est la règle. Où donc est cette identité *réelle* que trouve Merlin entre l'objet de l'action publique, où le ministère public ne demande que l'application de la peine prononcée contre un délit, et l'objet de l'action civile, où la partie lésée ne demande qu'une somme pour réparation du dommage qu'elle éprouve?

Il est vrai que le fait que demande à prouver le ministère public dans le procès criminel, et qui sert de fondement à la demande d'application de la peine, est le même que celui qui sert de fondement à la demande d'une somme pour réparation du dommage privé. L'action publique et l'action civile sont donc souvent fondées *sur la même cause*. C'est sûrement ce qu'a voulu dire Merlin, en disant qu'elles sont identiques *dans leur objet fondamental.*

Eh bien, soit : nous n'avons jamais prétendu le contraire, et nous sommes en ceci d'accord avec Merlin; mais suffit-il que la *demande soit fondée sur la même cause*, pour qu'il y ait lieu à l'autorité de la chose jugée? Non certes. L'article 1351 exige de plus :

Que la demande soit la même; c'est l'objet de l'action;

Que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles en la même qualité.

---

que l'ordonnance d'une chambre de conseil, confirmée par la chambre de mise en accusation, qui, sans rien prononcer sur l'existence du fait imputé, déclare qu'il n'y a pas lieu à poursuites par défaut d'indices contre le prévenu, ne comporte pas force de chose jugée, telle que la partie qui a été lésée ne puisse pas, à la demande en dommages-intérêts formée par l'inculpé, du chef des poursuites, opposer une demande reconventionnelle pour le tort causé par le délit.

Par arrêt du 29 octobre 1816, la même cour a décidé que, quoiqu'un tribunal criminel ait simplement déclaré non constant le fait dont un individu était accusé, et quoique la personne lésée ne se soit pas portée partie civile, le jugement criminel n'en a pas moins, au civil, force de chose jugée, et la personne lésée n'est pas recevable à demander des dommages-intérêts. *Voy.* ces arrêts dans la *Pasicrisie belge*, aux dates respectives, et Dalloz, t. 4, p. 183 et 280.

Or Merlin, loin de chercher à prouver, n'ose même pas avancer que *la chose demandée* soit la même dans le procès criminel et dans le procès civil.

248. Cette identité ne peut même exister dans notre législation, puisque le ministère public ne peut requérir ce que demande la partie civile, ni celle-ci demander ce que requiert le ministère public.

Et dès qu'il est démontré qu'il n'y a pas, qu'il ne peut même y avoir *identité* de chose demandée dans le procès criminel et dans le procès civil, le jugement criminel ne peut avoir, sur le jugement civil, l'autorité de la chose jugée ; *il ne lie pas les mains au juge civil.*

Cette démonstration nous paraît telle que nous pourrions terminer ici la discussion ; mais la question est si importante que nous ne devons négliger aucune des objections.

249. Merlin prétend, en second lieu, qu'il y a *identité de parties* demanderesses dans le procès criminel et dans le procès civil, quoique la partie civile ne soit pas intervenue dans le premier.

Quand cela serait vrai, on ne pourrait pas en conclure que le jugement criminel doive avoir, dans l'instance civile, l'autorité de la chose jugée ; car il manquerait encore, comme nous venons de le voir, l'identité de la chose demandée.

Mais cette prétendue identité des parties est un paradoxe insoutenable, nous ne craignons point de le dire. Voyons cependant comme le soutient Merlin; nous emprunterons ses expressions (1) :

« Que faut-il pour que je sois censé avoir été » partie dans un jugement ? Faut-il que j'aie » été personnellement en qualité dans l'instance » sur laquelle il a été rendu ? Non. Il suffit que » j'y aie paru par le ministère d'un tiers *qui* » *m'y représentait*, et y exerçait, soit *en mon* » *nom seul*, soit *en mon nom et au sien*, soit *en* » *mon nom, au sien et en celui d'autres per-* » *sonnes*, les droits que j'y pouvais avoir. »

250. Cette proposition, qui forme la majeure du raisonnement de Merlin, est très-vraie ; mais quelle conséquence peut-il en tirer ? Que le ministère public représente, dans le procès criminel, la partie lésée, qui n'y est point intervenue ? Non, certes : il en résulte, au contraire, directement et nécessairement, qu'il ne la représente pas ; car, suivant Merlin, il faut, pour qu'une personne en représente une autre dans un jugement : 1° que le représentant y exerce les droits du représenté ; 2° qu'il les exerce, *soit au nom seul du représenté*, soit *au nom du représenté et au sien*, etc.

Or, 1° le ministère public n'exerce pas les droits de la personne lésée, qui n'en a pas d'autres que la faculté de demander la réparation pécuniaire du dommage qu'elle a souffert, demande formellement interdite au ministère public.

2° Le ministère public n'agit ni *dans le nom seul de la personne lésée*, ni *dans le nom de la personne lésée et dans le sien* ; ce qui, comme le dit fort bien Merlin, est nécessaire pour qu'une personne en puisse représenter une autre ; car celui-là même qui aurait le mandat exprès d'une personne pour la représenter, ne la représenterait point, s'il n'en faisait pas usage, en agissant dans le nom du mandant, quand même il aurait d'ailleurs le même intérêt que ce dernier dans la demande.

Dans notre espèce, le ministère public n'a ni ne peut avoir aucun mandat, pour agir *dans le nom de la partie lésée* par un délit ; il ne peut exercer ses droits ou des droits semblables ; il n'a aucun intérêt dans la demande d'une somme d'argent pour réparation du dommage particulier causé par un délit.

D'un autre côté, la partie lésée n'a pas d'intérêt dans l'application de la peine requise par le ministère public pour la punition du délit. La loi lui défend de demander l'application de cette peine, comme elle défend au ministère public de requérir la réparation du dommage souffert par un particulier.

Ainsi, le ministère public n'agissant et ne pouvant agir pour la personne lésée par un délit, ni dans l'action publique, ni dans l'action privée, il est évident qu'il ne peut la représenter dans le procès criminel. Étrange représentant que celui qui n'a point, et qui ne peut pas même recevoir le mandat du représenté, ni prendre de conclusions pour lui !

Or, si la partie lésée n'a été ni ne peut être représentée par le ministère public, dans le jugement criminel où elle n'est point intervenue, il est de toute évidence que ce jugement ne peut pas plus avoir, dans le procès civil, l'autorité de la chose jugée, sous le point de vue *de l'identité des parties,* que sous le point de vue *de l'identité de la chose demandée.*

Cette démonstration nous paraît aussi rigoureuse qu'une démonstration de géométrie.

251. Pour établir que le ministère public, en France, représente la partie lésée par un délit, dans un procès criminel où elle n'est point intervenue, Merlin a recours au droit romain, qui, de son aveu (2), ne connaissait pas l'institution du ministère public. De cela seul il nous semble qu'on peut conclure, sans craindre de se tromper, qu'il est impossible de prouver, par les lois romaines, que les fonctionnaires revêtus d'une magistrature qu'elles ne connaissaient pas re-

(1) *Questions de droit*, v° *Faux.*

(2) *Voy.* le *Répertoire*, v° *Ministère public*, § 1. Cet article est de Garat, mais il est adopté par Merlin.

présentent la partie lésée par un délit, dans un procès où elle n'est point partie. Voyons cependant comment raisonne Merlin (1) pour établir sa preuve :

« Dans le droit romain, où l'action publique » pour la répression des crimes était populaire, » et appartenait comme telle à tout le monde, » celui qui intentait une accusation était censé » l'intenter non-seulement pour lui-même, » considéré comme membre de la société, mais » encore pour la société entière; et comme, par » cette raison, la société entière était censée » agir par son organe contre l'accusé, le juge- » ment qui intervenait sur le procès était aussi » censé rendu avec la société entière, ni plus » ni moins qu'avec la partie qui y avait figuré » comme accusatrice. »

Telle était la règle établie par la loi 3, ff. *de popularibus actionibus*, 47, 23, et par la loi 9, Cod., *de accusationibus*, 9, 2.

252. Avant d'aller plus loin, observons qu'il ne faut pas confondre, dans le droit romain, les actions populaires avec les actions publiques, *publica judicia*. L'objet de ces deux actions et la manière de les exercer étaient bien différents. Les actions populaires avaient pour objet la répression de certaines contraventions à l'édit du préteur, telles que l'action *delecti vel effusi*, contre ceux qui ont jeté ou laissé tomber quelque chose de nuisible sur un lieu où l'on a coutume de passer, *quo vulgo iter fit*, l'action *sepulchri violati*, etc.

L'objet des actions publiques était la répression des crimes publics contre lesquels les lois prononçaient une peine.

Cependant les actions populaires avaient cela de commun avec les actions publiques, qu'elles pouvaient être exercées par tous les citoyens, par ceux mêmes qui n'y avaient point d'intérêt personnel.

Du reste, les actions populaires étaient des actions privées, soit respectivement à la cause qui les produisait, soit respectivement à la manière de les exercer : *Popularis actio publica dicitur, quod cuivis e populo patet; privata tamen est respectu causæ*, dit fort bien Vinnius, § 1, Inst., *de jud. pub.*, 4, 18.

253. Revenons aux actions publiques proprement dites. Les lois romaines permettaient en effet à tous les citoyens de les exercer, même à ceux qui n'y avaient aucun intérêt personnel; mais elles mettaient une grande différence entre ceux qui y étaient personnellement intéressés, et ceux qui ne l'étaient pas.

Il eût été injuste et même absurde, après le jugement rendu en faveur de l'accusé, de le laisser exposé au danger de subir successivement une seconde, une troisième accusation, etc. Il fut donc établi en principe qu'on ne pouvait recevoir pour le même crime une seconde accusation de la part d'un nouvel accusateur : *Iisdem criminibus quibus quis liberatus est, non debet præses pati eumdem accusari.* (L. 7, § 2, ff. *de accusat.*, 48, 2.)

Qui de crimine publico in accusationem deductus est, ab alio super eodem crimine deferri non potest. (L. 9, Cod., *de accusat.*, 9, 2.)

254. C'est de là qu'est venue la maxime sage : *Non bis in idem*, manifestement fondée sur la faveur due aux accusés, et non sur ce que le premier accusateur représentait toute la société, et exerçait les droits de tous les citoyens, même de ceux qui avaient un intérêt personnel à poursuivre le crime, et la réparation du dommage qu'il a causé. La preuve en est que la défense de renouveler l'accusation ne les regardait pas, comme nous l'apprend Ulpien, qui nous en donne pour raison que la chose jugée entre d'autres personnes ne peut préjudicier à des tiers : *Et putem*, dit-il, *quoniam res inter alios judicatæ aliis non præjudicant; si is, qui nunc accusator existit, suum dolorem persequatur, doceatque se ignorasse accusationem ab alio institutam, magna ex causa admitti eum ad accusationem debere.* (L. 7, § 2, ff. *de acc.*, 48, 2.)

Le même principe se trouve dans la loi 16, Cod., *de his qui accusare non possunt*, 9, 1. Les empereurs Dioclétien et Maximien y répètent le principe qu'on ne doit pas admettre une seconde ou troisième accusation, à moins que le nouvel accusateur n'y ait un intérêt personnel, *nisi suas suorumque injurias quis persequatur.*

Et d'où vient cette différence entre les citoyens non intéressés dans l'accusation, et ceux qu'elle intéresse personnellement? C'est que la faculté d'accuser, qui n'était qu'une permission accordée aux premiers, était un droit pour les seconds, un droit acquis qu'on ne pouvait leur enlever. C'était même quelquefois un devoir dont la négligence était punie : par exemple, l'héritier qui négligeait de venger la mort du défunt se rendait indigne de succéder; la loi le privait de la succession. (L. 17, ff. *de his quæ ut indignis*, 34, 9.)

Le mari qui négligeait de venger la mort de son épouse se rendait indigne de la dot. (L. 20, *ibid.*)

Il eût été injuste et contradictoire de les empêcher de poursuivre l'auteur d'un délit qu'ils devaient, ou qu'ils avaient intérêt de poursuivre, uniquement parce qu'un autre les avait devancés dans une première accusation, peut-être collusoire.

Par la même raison, les personnes à qui la permission d'accuser était interdite, telles que les militaires, les femmes, etc., avaient néanmoins le droit de le faire, si elles y avaient un intérêt personnel : *si suam suorumque injuriam persequantur.* (L. 8, Cod., *de his qui accusare non possunt*, 9, 1; L. 2, ff. *de accusat.*, 48, 2.)

255. A plus forte raison, les mêmes personnes

(1) Voy. *Questions de droit*, v° *Faux*, § 6.

avaient le droit de former une action civile au lieu d'une accusation : *Si quam sane civilem petitionem idem Thaumasius sibi competere confidit, judicio præsidiali poterit experiri.* (L. 17, Cod., *de his qui accusare*, 9, 1.)

Ces vérités bien démontrées détruisent de plus en plus la doctrine de Merlin, qui prétend, *ubi supra*, que dans nos mœurs le ministère public est le *mandataire* de tous les citoyens et de la partie lésée, *comme l'était chez les Romains le particulier qui se constituait accusateur.*

256. Le ministère public *mandataire* de la partie lésée! Qui donc lui a donné son mandat? La loi? Elle lui défend de prendre des conclusions en sa faveur, pour la réparation civile du délit.

La partie lésée? Elle ne le peut pas quand elle le voudrait.

Étrange mandataire que celui qui ne peut ni prendre de conclusions, ni recevoir de mandat de la personne qu'on dit qu'il représente!

Écartons donc pour toujours cette doctrine nouvelle, fausse et dangereuse, qui prétend faire du ministère public le mandataire de la partie civile absente. Il est spécialement chargé de veiller aux intérêts des mineurs, des femmes mariées, de parler pour eux; et cependant jamais on ne s'est avisé de prétendre qu'il était leur mandataire, et que le jugement rendu sans qu'ils aient comparu, ou un procureur spécial dans leur nom, est censé contradictoire, et a contre eux l'autorité de la chose jugée, parce que le ministère public a parlé et donné ses conclusions. Cette doctrine ne peut s'accorder avec l'art. 235 du Code civil. *Voy.* ce que nous avons dit tom. 4 (VIII, éd. fr.), n° 35.

257. 3° Pour établir que le jugement criminel rendu sur l'action publique a la force de chose jugée pour ou contre l'action civile en dommages et intérêts, Merlin oppose, comme une raison tranchante et péremptoire, que l'action publique est *préjudicielle;* il le prouve par l'art. 3 du Code d'instruction criminelle, qui porte que « l'exercice de l'action civile est suspendu tant qu'il n'a pas été définitivement prononcé sur l'action publique, intentée avant ou pendant la poursuite de l'action civile. »

Il résulte en effet de cet article que l'action publique doit être jugée avant l'action civile. Ce n'est donc que dans ce sens qu'on peut l'appeler action *préjudicielle,* et non pas dans le sens que nous avons expliqué *supra*, n° 216, dans le sens du § 13, Inst., *de act.*

Mais de ce que le jugement de l'action publique doit précéder celui de l'action civile, qui demeure suspendu, s'ensuit-il que le jugement criminel ait une influence nécessaire sur celui de l'action civile? Non certes : l'art. 235 du Code civil dit positivement le contraire en parlant de l'action publique exercée à raison des faits qui, dans le cours d'une instance en divorce ou séparation de corps, peuvent donner lieu à une poursuite criminelle *de la part du ministère public.* L'action en divorce demeure suspendue; elle pourra être reprise après le jugement de l'action publique, mais sans que ce jugement puisse avoir une influence nécessaire sur celui de l'action en divorce ou séparation. L'art. 235 le défend expressément : « L'action pourra être reprise, » dit-il, *sans qu'il soit permis* d'inférer de l'arrêt » aucune fin de non-recevoir ou exception pré» judicielle contre l'époux demandeur (1). »

Donc le jugement de l'action publique, appelée si l'on veut *préjudicielle*, n'a point une influence nécessaire sur le jugement de l'action civile qui a été suspendue. Nous avons encore prouvé, tom. 4 (VIII, éd. fr.), n[os] 36 et 37, que le jugement de l'action préjudicielle n'a point une influence nécessaire sur celui de l'action suspendue, en citant l'exemple d'action préjudicielle choisi par Merlin même : c'est le cas d'un délit forestier, lorsque le prévenu allègue pour sa défense que le bois où le délit a été commis lui appartient.

La question de propriété devient alors *préjudicielle*, en ce sens qu'elle doit être jugée préalablement. Si elle est rejetée, l'action correctionnelle n'est nullement préjugée; elle est seulement rendue à son cours ordinaire. Il reste à juger si le fait qualifié délit est constant, si le prévenu en est l'auteur, s'il n'a pas d'excuse, etc.; aucune de ces questions n'est préjugée. Le jugement de l'action préjudicielle n'influe en rien sur ces questions.

Concluons donc, avec assurance, que, de ce qu'une action est préjudicielle dans ce sens qu'elle doit être jugée avant une autre, le jugement qui la termine n'a pas d'influence nécessaire sur la seconde, quoiqu'il puisse en avoir en certains cas.

258. Merlin m'oppose ce qu'on appelle un argument *ad hominem;* il m'objecte (2) que je suis convenu que, « lorsqu'il a été formellement » jugé (avec le ministère public) que le délit » n'existe point..., un pareil jugement n'a pas » seulement de l'influence sur l'action civile » qu'on voudrait fonder sur l'existence du délit, » mais qu'il anéantit cette action...; car point » de délit, point d'action. »

Oui, je l'ai dit, mais j'ai eu tort de le dire; c'est une erreur dans laquelle m'entraîna l'imposante autorité de Merlin, pour les opinions duquel j'ai l'habitude d'avoir beaucoup de déférence, et de qui j'empruntai la sentence aujourd'hui reconnue fausse : *Point de délit, point d'action civile.* Je dis reconnue fausse; car il n'est

(1) *Voy.* ce que nous avons dit à ce sujet t. 4 (VIII, éd. fr.), n° 35.

(2) *Questions de droit*, v° *Faux.*

pas nécessaire que le fait qui a donné lieu à l'action publique ait le caractère d'un délit, pour donner lieu à l'action civile en réparation d'un dommage.

Par une fausse interprétation de la grande maxime : *Non bis in idem*, je distinguais le cas où l'accusé était absous par un jugement qui déclarait que le délit n'existait point, de celui où il a été condamné par un jugement qui déclare le délit constant. Dans le premier cas, je m'imaginai faussement qu'admettre une action civile à raison du fait qualifié délit, dont la non-existence était jugée, c'était porter atteinte à la maxime *Non bis in idem*, suivant laquelle « toute » personne acquittée légalement ne peut plus » être *reprise ni accusée* à raison du même » fait. » (Art. 360 du Code d'instruction criminelle.)

J'étais dans l'erreur. Il est évident que cette disposition n'est relative qu'à l'action publique, comme le prouvent les termes mêmes de la loi, *reprise ni accusée* : d'où résulte que l'action civile en dommages et intérêts n'est point interdite contre l'accusé acquitté, ainsi que l'a pensé la cour de cassation, dans les considérants de l'arrêt du 11 octobre 1817. (*Voy.* les *Questions de droit*, v° *Réparation civile*.) « Attendu, sur le se» cond moyen, pris d'une prétendue violation de » l'art. 360 du Code d'instruction criminelle, » que cet article n'est relatif qu'à l'action pu» blique pour l'application des peines, et que » l'action en dommages et intérêts est purement » civile. »

Or, dès qu'il est constant que la règle *non bis in idem* n'empêche point de former une action civile contre l'accusé acquitté, j'ai eu tort de convenir, sur la foi de Merlin, que, lorsqu'il a été formellement jugé que le délit n'existe point, le jugement anéantit l'action civile ; car l'accusé acquitté ne peut opposer à l'action civile l'exception de la chose jugée par le jugement. Je ne puis rendre cette vérité plus sensible qu'en empruntant les expressions de Merlin, qui fait ainsi parler la partie civile : « Le délit que je vous » impute a été à la vérité jugé ne pas exister ; » mais je n'ai pas été partie dans le jugement. » Que vous puissiez opposer ce jugement à une » nouvelle action publique qui serait intentée » contre vous, à la bonne heure ; mais ce n'est » pas une action publique que j'exerce contre » vous ; c'est une action privée, et il est de » maxime que les tribunaux civils sont compé» tents pour connaître des actions privées qui » résultent des délits. »

Cet argument est à nos yeux sans réplique, et Merlin ne trouve d'autre moyen d'y répondre qu'en disant que celui qui intente l'action civile *a été représenté dans le procès criminel par le ministère public*.

Nous croyons avoir démontré *supra*, n°s 250 et suivants, la fausseté de cette dernière proposition. Il reste donc démontré aussi, contre Merlin, qu'alors même que le jugement criminel a décidé que le délit n'a point existé, ou qu'il est constant, et que l'accusé en est l'auteur, ce jugement ne peut, au premier cas, être opposé dans l'instance civile comme ayant la force de la chose jugée ; que, dans ce même cas, la partie lésée peut encore prouver, devant le tribunal civil, que le fait a existé ; et que, dans le second cas, l'accusé condamné, appelé en dommages et intérêts, peut encore nier ou l'existence du délit ou qu'il en soit l'auteur, et débattre ses preuves et ses moyens devant le tribunal civil.

259. 4° Enfin, pour soutenir l'opinion que nous combattons, Merlin invoque la jurisprudence des cours, et même de la cour de cassation. Elle a pensé, dit-il, que lorsqu'un tribunal criminel a jugé affirmativement un fait de culpabilité contre un prévenu, le jugement devenu inattaquable sert également de base aux demandes civiles qui en sont les accessoires.

Il cite, pour établir cette jurisprudence, deux arrêts de la cour supérieure de Bruxelles, l'un du 11 février 1818, l'autre du 26 octobre 1816, dont les considérants portent :

« Que le ministère public est seul partie ca» pable pour poursuivre les crimes et délits, et » qu'il les poursuit aux risques et périls de ceux » qui y sont intéressés, lorsqu'ils ne se rendent » point parties civiles ; que celles-ci étant cen» sées parties en cause, le jugement intervenu » entre le ministère public et l'accusé ne peut » être attaqué par les parties privées, et que » tel est l'esprit de la législation, tant sous le » Code de brumaire que sous le Code d'instruc» tion criminelle »

Ainsi, voilà deux arrêts invoqués par Merlin, tous les deux, ce qu'il faut remarquer, rendus sur le principe que le ministère public représente la partie lésée, lorsqu'elle ne se rend pas partie civile.

Merlin cite ensuite, au même endroit, un arrêt du 17 mars 1813, rapporté, avec ses conclusions, dans le *Répertoire de jurisprudence*, tome 15 de la 4e édit., aux mots *Non bis in idem*, n° 15. Les considérants de cet arrêt portent encore « que le ministère public est seul » partie capable pour poursuivre les crimes et » délits, et qu'il les poursuit aux périls, risques » et fortune de tous ceux qui y sont intéressés, » lorsqu'ils ne se rendent pas parties civiles, et » que le jugement qui intervient avec lui ne » peut jamais être attaqué par les parties pri» vées ; que cela résulte nécessairement de l'ar» ticle 3 du Code d'instruction criminelle, por» tant que l'exercice de l'action civile, intentée » avant ou pendant la poursuite de l'action pu» blique, est suspendu jusqu'à ce que l'action » publique ait été définitivement jugée ; que, » d'après cette disposition, l'action publique » est évidemment *préjudicielle* à l'action civile, » et que dès lors le jugement qui intervient sur » l'une, même en absence de la partie privée,

» doit avoir l'autorité de la chose jugée sur » l'autre. »

Les deux premiers arrêts, rendus par une cour étrangère, ne pourraient avoir d'influence sur la jurisprudence de nos tribunaux qu'autant que les motifs sur lesquels ils sont fondés seraient conformes aux lois. Or nous avons prouvé *supra* que non-seulement le ministère public, dans notre droit français, ne représente pas la partie lésée par un délit, mais qu'il ne peut même la représenter. Ce motif unique des arrêts de Bruxelles, loin d'être conforme à nos lois, leur est donc contraire.

Cependant, la cour de cassation l'a adopté dans son arrêt du 17 mars 1813, ainsi que le motif fondé sur ce que l'action publique est préjudicielle.

Il ne faut pas s'en étonner: cet arrêt fut rendu sur les conclusions de Merlin, qui présenta, avec son ascendant ordinaire, ces deux moyens, qui ne furent point combattus. Or un seul arrêt ne peut fixer la jurisprudence; et lorsque la question se représentera à la cour de cassation, les magistrats ne se décideront point uniquement sur un précédent arrêt, mais sur un nouvel examen des motifs de cet arrêt. Supposons donc qu'un accusé acquitté soit traduit en justice civile, pour être condamné aux dommages et intérêts, il oppose l'autorité de la chose jugée par son arrêt d'absolution, qui déclare que le délit n'existait pas.

Le demandeur répond, en empruntant les expressions de Merlin (1) : « Le délit que je » vous impute a été à la vérité jugé ne pas » exister; mais je n'ai pas été partie dans le ju- » gement. Que vous puissiez l'opposer à une » nouvelle action publique, qui serait intentée » contre vous, à la bonne heure; mais ce n'est » pas une action publique que j'exerce contre » vous, c'est une action privée, et il est de » maxime que les tribunaux civils sont seuls » compétents pour connaitre des actions pri- » vées résultant des délits. » Vous ne pouvez donc pas m'opposer un jugement criminel dans lequel je n'etais pas partie.

Le défendeur fait à cet argument la seule réponse qu'y trouve Merlin : « Vous étiez partie dans le jugement criminel, parce que vous y étiez représenté par le ministère public, et que d'ailleurs l'action publique étant préjudicielle, le jugement doit servir de base à l'action civile.»

Nonobstant ces réponses, la cour royale où l'affaire est portée rejette l'exception de la chose jugée :

1° Parce que la partie lésée n'a été ni pu être représentée par le ministère public, et qu'ainsi il n'y a point d'identité de personnes;

2° Parce qu'il n'y a pas identité dans l'objet de la demande : l'objet de l'instance criminelle était la peine; celui de l'action civile une somme d'argent pour dommages et intérêts;

3° Parce qu'aucune loi n'a fait exception à l'art. 1351, qui exige ces deux identités pour qu'il y ait lieu à l'exception de la chose jugée;

4° Parce que si l'action publique est préjudicielle, en ce sens qu'elle suspend l'action civile, il ne s'ensuit nullement que le jugement de l'action préjudicielle doive nécessairement servir de base à l'action suspendue, qu'il rend à son cours ordinaire.

Cet arrêt est déféré à la cour de cassation, qui ne doit annuler que dans le cas de violation de la loi. Or, loin d'apercevoir, dans les motifs énoncés, la violation d'aucune loi, ils sont tous aussi conformes au texte qu'à l'esprit de nos lois. Il nous est donc impossible de penser qu'un pareil arrêt pût être cassé; nous sommes, au contraire, persuadé qu'il serait confirmé.

On dit, il est vrai, que c'est *une épouvantable théorie que de faire rejuger au civil une question déjà jugée au criminel.* La théorie contraire nous paraît cent fois plus épouvantable. *Voy.* au reste ce que nous avons dit tom. 4 (VII, éd. fr.), n° 37 (2).

---

(1) *Questions de droit*, v° *Faux*.

(2) Il serait déplorable qu'on pût faire déclarer au civil l'innocence d'un homme qui aurait péri sur l'échafaud. Vainement dit-on que l'innocence peut avoir été reconnue; il faudrait alors aller jusqu'à permettre au condamné de demander la révision de la sentence qui l'a frappé. On invoque à tort l'art. 1351 : cet article n'a aucun trait aux matières criminelles; il reproduit seulement une règle du droit romain, suivant laquelle les quasi-contrats ne peuvent avoir d'effet qu'entre les parties contractantes, leurs héritiers ou leurs ayants cause; mais, le ministère public ne pactisant pas avec les parties, il n'y a pas de collusion possible. Comment expliquer, dans l'opinion opposée, la disposition de l'art. 3 du Code d'instruction criminelle, qui suspend l'action civile tant qu'il n'a pas été prononcé sur l'action publique (arg. des articles 198 du Code civil, 463 du Code d'instruction criminelle); ce dernier article ne fait que reproduire l'art. 59 du titre Ier de l'ordonnance de 1737, article qui reconnaissait bien le caractère préjudiciel des instances criminelles. Les art. 235 et 236 du Code civil confirment la règle de l'influence habituelle du jugement criminel sur les intérêts civils, loin de fournir un argument contraire. Toutefois la raison a fait établir dans la pratique certaines distinctions : si la culpabilité de l'accusé a été reconnue, la règle s'applique dans toute sa rigueur; le ministère public a été le représentant de tous les intérêts, tant publics que privés. Un jugement rendu au criminel est un monument élevé dans le sein de la société; il doit enchaîner toutes les pensées. S'il est formellement déclaré que le fait inculpé n'existe pas, ou qu'il a été commis par un autre; par exemple, si le tribunal correctionnel a déclaré non-seulement que le prévenu n'est pas coupable de vol, mais encore que le vol n'a pas été commis, il faut décider également que l'action civile pour vol n'est plus recevable. Mais si l'accusé est simplement déclaré non coupable, décision négative qui se conçoit par cela seul qu'il y a doute dans l'esprit des jurés, les juges civils peuvent encore se livrer à la recherche de la vérité. La non-culpabilité aux yeux de la loi pénale n'entraîne pas l'absence de culpabilité aux yeux de la loi civile; cette loi tient compte des fautes, même légères, lorsqu'elles portent préjudice à autrui. (Art. 1382.) Les art. 338, 339, 366, du

SECTION IV.

De l'aveu de la partie.

SOMMAIRE.

260. Nature de l'aveu En quoi il diffère du consentement.
261. Il est la plus forte des preuves, quand il est réfléchi, libre et dégagé d'erreur.
262. Les rédacteurs du Corps de droit ne se sont guère occupés que de l'aveu judiciaire. Ils en distinguaient deux espèces : l'aveu fait *in jure*, devant le préteur ; l'aveu fait *in judicio*, devant le juge.
263. L'aveu *in jure* était encore de deux espèces. Nature des actions interrogatoires.
264. De l'aveu fait *in jure*. C'était un acquiescement à la demande. Il avait force de chose jugée.
265. Des aveux faits *in judicio*.
266. Ils pouvaient être faits de trois manières.
267. Le droit romain ne parle que par occasion de l'aveu extrajudiciaire, et seulement pour rappeler le grand principe qu'il faut une preuve complète.
268. La doctrine des interprètes, sur cet aveu, est confuse et peu sûre.
269. Les interprètes du droit canonique y ajoutèrent de nouvelles erreurs, en appliquant les principes des décrétales aux aveux écrits ou reconnaissances extrajudiciaires.
270. Comment la doctrine du droit romain, sur l'aveu, a été reçue en France.
271. Nous ne connaissons point les aveux appelés *in jure*, mais seulement ceux faits en jugement pendant le cours d'une instance. Des aveux faits en bureau de paix.
272. Quelle utilité on peut en tirer, pour se procurer un titre exécutoire et hypothécaire.
273. Les aveux judiciaires sont forcés ou spontanés.
274. Des interrogatoires sur faits et articles.
275. Si la partie ne comparait pas, les faits peuvent être tenus pour avoués. Avantages qu'on pourrait tirer de ces interrogatoires.
276. Vices de notre procédure, qui ont anéanti ces avantages.
277. La communication des faits à la partie fut combattue par le président de Lamoignon, en discutant l'ordonnance de 1667.
278. Pussort voulait même que le juge ne pût interroger d'office sur aucun fait. Son opinion fut rejetée.
279. L'ordonnance donna aux juges de commerce la faculté d'ordonner que la partie comparaîtrait à l'audience, pour être ouïe par sa bouche.
280. Mais ce pouvoir ne fut pas donné aux juges ordinaires.
281. Il leur a été rendu par l'art. 119 du Code de procédure civile, qui leur permet d'ordonner d'office la comparution des parties à l'audience, pour être interrogées par le président.
282. Heureux effets de ce mode d'interrogatoire, trop rarement employé dans les tribunaux.
283. Les législateurs de Genève ont corrigé les vices de notre procédure.
284. Les interrogatoires faits à l'audience tendent à l'abréviation des procès.
285. Les aveux faits à l'audience, ou dans un interrogatoire sur faits et articles, ne peuvent être révoqués que pour cause d'erreur de fait.
286. Les aveux judiciaires spontanés sont de deux espèces.
287. Les aveux volontaires d'une partie, quoique non faits à l'audience, font foi contre elle ; mais elle peut les révoquer, avant que l'autre partie les ait acceptés, en demandant acte.
288. Réponse à une objection.
289. Cet aveu peut même être rétracté, sans prouver qu'il a été la suite d'une erreur.
290. Doctrine des auteurs sur ce point.
291. Confirmée par induction, dans l'art. 1211 du Code civil.
292. Et dans les articles 402 et 403 du Code de procédure.
293. Des aveux faits par les avocats ou par les avoués, pendant le cours d'une instance. Les avoués ne peuvent faire aucun aveu sans un pouvoir spécial, sous peine de désaveu.
294. Le procureur désavoué ne peut s'excuser en demandant à prouver que le fait est vrai. Comment il peut s'excuser.
295. Le désaveu doit être notifié à tous les avoués de la cause, et pourquoi.
296. Les juges qui déclarent un désaveu valable sont autorisés à déclarer nul le jugement rendu par la procédure désavouée.
297. S'il en avait été interjeté appel, il faudrait revenir à la cour d'appel, faire dire qu'il n'y a lieu de prononcer sur l'appel.
298. Les avocats ne peuvent être désavoués ; mais le client peut rétracter leurs aveux, sans être obligé de prouver qu'ils sont fondés sur l'erreur.
299. On ne doit pas prendre pour aveu le silence gardé sur un fait avancé par l'autre partie, même avec interpellation d'y répondre. Ce n'est qu'aux interpellations faites par le juge qu'on est tenu de répondre.
300. L'aveu extrajudiciaire est écrit ou verbal. Pourquoi le Code ne s'est point occupé de l'aveu écrit, dans cette section.

Code d'instruction criminelle autorisent expressément la cour, dans le cas d'acquittement, comme dans celui d'absolution, à statuer sur les dommages-intérêts. Or, ce que peut faire la cour d'assises, les tribunaux civils doivent pouvoir le faire ultérieurement. Distinguons avec soin le cas où le jury aurait prononcé à la fois sur l'absence de culpabilité aux yeux de la loi pénale, et sur l'absence complète d'imputabilité morale ; les principes posés sur l'autorité de la chose jugée au criminel reprendraient alors leur empire : tel serait le cas où le jury aurait déclaré que l'accusé a usé d'une légitime defense ; il ne serait plus au pouvoir des tribunaux civils d'accorder des dommages-intérêts, puisque le fait aurait été jugé licite. (Bonnier, n[os] 716 et suivants).

301. L'aveu verbal peut être prouvé par témoins. Il peut faire foi contre celui qui l'a fait.
302. Pourquoi le Code garde le silence sur ce point. L'aveu verbal peut être fait par légèreté.
303. De l'aveu verbal fait en présence de celui qui peut en tirer avantage, ou à des tiers en sa présence.
304. Les docteurs exigeaient que, pour faire preuve, l'aveu contînt la cause de la dette; ce qui ne peut plus être exigé sous l'empire du Code (art. 1132.)
305. L'aveu verbal, hors la présence du créancier, n'a pas le même poids. Il peut former une présomption, et faire déférer le serment supplétoire.
306. L'aveu écrit fait foi contre celui qui l'a souscrit librement.
307. Il n'est pas nécessaire que l'acte ait été fait exprès pour faire preuve. Des lettres missives.
308. On peut toujours révoquer les aveux fondés sur l'erreur.
309. Mais c'est à celui qui les a faits de prouver l'erreur.
310. Une erreur de droit ne suffit pas: il faut erreur de fait. Exemples.
311. *Secus* si l'erreur de droit était causée par le dol du créancier.
312. Le créancier qui a en sa faveur un aveu écrit ou reconnaissance est dispensé de toute autre preuve; principe consacré par la raison, les lois, les auteurs, et par l'art. 695 du Code. Développement de cet article.
313. Il est inconciliable avec l'art. 1337, qui dit que l'acte récognitif ne dispense point de représenter le titre primordial.
314. Cette disposition de droit nouveau, consacrée par les auteurs, s'est introduite dans le Code en suivant une erreur de Pothier.
315. En quoi consiste cette erreur, suivie par les rédacteurs du Code. Pothier crut suivre la doctrine de Dumoulin.
316. Il se trompait, Dumoulin n'applique la fausse doctrine des canonistes, sur les inféodations, qu'aux rénovations d'investitures ou d'inféodations.
317. Il enseigne que les actes récognitifs font preuve contre ceux qui les ont donnés, jusqu'à ce qu'ils prouvent qu'il y a eu erreur, à la différence des actes de confirmation.
318. Nature des confirmations. Leur différence des actes récognitifs.
319. La confirmation des concessions n'est pas nécessaire. Tibère exigea le premier que les concessions faites par les empereurs fussent confirmées par leurs successeurs.
320. La cour de Rome suivit ces principes et alla plus loin. Les papes ne se crurent pas liés par leurs propres confirmations, s'il n'était prouvé qu'elles étaient faites en connaissance de cause.
321. Les canonistes imaginèrent deux espèces de confirmations, l'une *in forma communi*, l'autre *in forma speciali*. Leurs effets.
322. Embarras de distinguer l'une de l'autre.
323. Les confirmations contenaient la clause: *Sicut, prout provide factum est a prædecessoribus nostris*.
324. Les canonistes prétendirent que cette clause pouvait exprimer la condition, ou seulement le motif de la confirmation.
325. Ils supposèrent que celui qui confirme n'a pas la volonté de concéder, et en conclurent que toute confirmation est censée faite *in forma communi*, s'il n'y avait pas signe du contraire.
326. Quel est ce signe? On finit par ne reconnaître pour irréfragables, ou *in forma speciali*, que les confirmations où la teneur de la concession primitive était insérée tout au long.
327. En professant cette doctrine, Dumoulin ne l'applique qu'aux rénovations d'investitures ou d'inféodations, et enseigne qu'elle n'était pas applicable aux actes récognitifs, dont la nature est toute différente.
328. Indication des lieux où il a enseigné cette doctrine. Les actes récognitifs contiennent un aveu qui fait foi.
329. Il oppose ces actes aux confirmations, auxquelles il applique la nécessité de la relation entière du titre primordial, pour faire foi. Passages qui ont induit Pothier en erreur.
330. Autre passage tronqué par Pothier, qui achève de démontrer qu'il s'est trompé, et que Dumoulin a constamment enseigné que les actes récognitifs font une preuve complète.
331. L'art. 1337 n'est donc fondé que sur une erreur démontrée.
332. Tous les auteurs ont censuré ses dispositions.
333. Moyen peu solide proposé par Delvincourt pour concilier cet article avec les principes.
334. Comment on peut et on doit, par voie d'interprétation doctrinale, concilier cet article avec les principes et les autres articles du Code.
335. De l'indivisibilité de l'aveu judiciaire. Elle était, par le droit romain, abandonnée à la prudence du juge. Sagesse de cette disposition.
336. Doctrine des interprètes et des jurisconsultes français. Ils n'admettaient pas l'indivisibilité absolue sans beaucoup de distinctions ou exceptions.
337. L'indivisibilité de l'*aveu judiciaire* est érigée en loi par le Code.
338. Faut-il en conclure qu'il n'y a pas d'exceptions?
339. *Quid* si l'aveu contient plusieurs faits non connexes?
340. L'application du principe de l'indivisibilité aux aveux extrajudiciaires est abandonnée à la prudence du juge. Voyez la note.
341. Examen de l'opinion de Merlin sur ce point.

260. L'aveu de la partie, que l'on appelle aussi en droit *confession*, n'est pas autre chose que le témoignage que le débiteur rend à la vérité, d'une obligation ou d'un fait qui s'y rapporte. C'est un acte de sa volonté ou de son consentement, par lequel il déclare reconnaître pour vrai, soit le fait en contestation, soit un autre qui peut servir de preuve au premier, ou conduire à cette preuve; c'est, en un mot, le *oui*

du débiteur qui reconnaît pour vrai le fait ou la dette dont il s'agit.

L'aveu et le consentement ne sont donc au fond qu'une seule et même chose, à moins qu'on ne veuille dire, pour plus d'exactitude, que le consentement se rapporte plutôt et plus ordinairement à une convention ou à un fait présent, et l'aveu à une convention ou à un fait antérieur, déjà passé; car ce n'est point, à proprement parler, le fait de l'aveu qui forme une obligation contre l'avouant. L'aveu n'est et ne peut être par sa nature que la preuve d'une obligation préexistante, résultant de la convention ou du fait dont la vérité est reconnue.

Il existe encore une autre différence remarquable entre le consentement et l'aveu : le consentement est toujours libre dans son origine; l'aveu, toujours moralement forcé. Je puis refuser de consentir aux offres ou à la proposition qui m'est faite; m'abstenir d'un fait ou d'une action qui m'assujettirait à telle obligation; mais une fois mon consentement donné, ou l'action commise, je ne suis plus libre d'en faire la dénégation; je suis contraint d'en faire l'aveu, sous la peine terrible du déshonneur et de l'infamie. Je suis lié par ce droit immuable et éternel, antérieur à toutes les lois civiles, qui me défend le mensonge, surtout au préjudice d'un tiers. En un mot, le consentement à une obligation qui n'est commandée ni par le droit civil, ni par la morale, est toujours libre; on peut le refuser sans encourir aucun blâme : l'aveu est l'accomplissement d'un devoir rigoureux (1).

Malgré ces différences, il n'en est pas moins vrai que l'aveu s'identifie avec le consentement. Ils sont l'un et l'autre des actes de la volonté dont ils émanent; ils n'en sont que la manifestation. Par l'un, je consens à m'obliger; par l'autre, je consens à confesser ou reconnaître une obligation ou un fait antérieur. L'aveu, comme le consentement, n'est pas valable, *s'il n'a été donné que par erreur, extorqué par violence, ou surpris par dol.*

261. Mais, donné librement et en connaissance de cause, il devient, contre celui qui l'a fait, la plus forte (2), la plus sûre de toutes les preuves, celle qu'il peut le moins récuser. *Nimis enim indignum esse judicamus, quod sua quisque voce dilucide protestatus est, id in eumdem casum infirmare, testimonioque proprio resistere.* (L. 13, Cod., *de non numerata pecunia*, 4, 30. *Voy.* aussi la loi 25, ff. *de probat.*, 22, 3.)

C'est donc uniquement dans le point de savoir si l'aveu est réfléchi, libre et dégagé d'erreur ou de surprise, que peuvent consister toutes les difficultés de cette matière, sur laquelle les interprètes et les anciens docteurs, peu d'accord entre eux, et quelquefois avec eux-mêmes, ont répandu tant d'obscurités, d'incertitudes et de contradictions. Il est nécessaire de remonter à la source de leurs erreurs.

262. Les rédacteurs du Digeste et du Code n'ont point rassemblé dans un seul titre les principes relatifs à la doctrine de l'aveu ou de la confession, considérés sous un point de vue général, comme preuve des faits ou des obligations; mais ils se sont beaucoup occupés des aveux judiciaires, dont ils distinguaient plusieurs espèces :

1° Ceux qui étaient faits *in jure*, c'est-à-dire devant le préteur ou le magistrat chargé de donner des juges aux parties;

2° Ceux qui étaient faits *in judicio*, c'est-à-dire devant les juges donnés par le préteur, chargés d'instruire le procès et de prononcer sur la contestation (3).

263. Les aveux faits *in jure* étaient encore de deux espèces, ceux qui étaient faits sur une action interrogatoire, laquelle avait pour objet d'interroger une personne devant le magistrat, afin de connaître et de s'assurer, par sa déclaration, si c'était contre elle que le demandeur devait diriger son action, et pour quelle quotité; par exemple, Titius, qui devait une somme de 3,000 francs à Caïus, venant à mourir, le créancier pouvait sans doute demander aux héritiers ce qui lui était dû; mais il pouvait ignorer quels étaient ces héritiers, et surtout pour quelle part chacun d'eux était héritier, ce qu'il lui importait beaucoup de savoir d'une manière précise; car la dette se divisant de plein droit entre eux, s'il demandait un tiers à celui, par exemple, qui n'était héritier que pour un quart, il était, par la rigueur de la plus pétition, irrévocablement déchu de sa demande. L'édit du préteur permit donc en ce cas, et en plusieurs autres cas, de former une action interrogatoire, pour astreindre le défendeur à déclarer ou avouer s'il était héritier de Titius, et pour quelle quotité; ou bien encore s'il était propriétaire de l'animal au sujet duquel le demandeur avait à exercer l'action noxale. L'action interrogatoire était donc une action préparatoire ou préjudicielle à la demande. La réponse du défendeur l'obligeait irrévocablement comme un quasi-contrat, soit qu'il eût dit la vérité ou fait un

(1) Rolland de Villargues, v° *Aveu*; Duranton, t. 7 (XIII, éd. fr.), n° 534.

(2) C'est elle que les docteurs appellent *probatio probatissima*. Ils posent en principe général que l'aveu ou la confession est au-dessus de toutes les autres preuves : *Confessio omnium probationum maxima est*, dit Menoch, *Tract. de præs.*, lib. 1, quæst. 1, n° 37, et quæst. 61, n° 8. *Nulla est major probatio quam proprii oris confessio, ideoque dicitur plenissima probatio, et superat omne genus probationis, etiam per testes et instrumenta facta*, dit Pirrhing, sur le titre des Décrétales *de Confessis*, n° 19.

(3) Ces détails sont aujourd'hui inutiles; on ne connaît, dans notre droit, que l'aveu fait *in judicio*.

mensonge; et s'il s'était déclaré héritier pour moitié, quoiqu'il ne le fût réellement que pour un quart, il était tenu de payer la moitié de la dette.

Les principes relatifs à ces actions interrogatoires sont rassemblés dans le titre du Digeste, *de interrogationibus in jure faciendis*, 11, 1, titre qui contient aussi plusieurs décisions importantes, applicables aux aveux faits *in judicio*.

Mais Callistrate nous apprend, L. 1, § 1, *ibid.*, que ces actions tombèrent en désuétude, parce que personne n'est obligé de répondre avant d'être en jugement.

264. Une autre espèce d'aveu *in jure*, dont s'occupe le droit romain, au titre *de Confessis*, ff. 42, 2, et Cod. 7, 59, était celui que faisait le défendeur en avouant le fait exposé par le demandeur. Cet aveu contenait un acquiescement à la demande. Un usage très-ancien, qui remontait à la loi des Douze Tables, et qui fut, sous Marc-Aurèle, consacré par un sénatus-consulte, *oratione divi Marci*, donnait à cet aveu la même force et le même effet qu'à la chose jugée et au serment décisoire : *Post rem judicatam, vel jurejurando decisam, vel confessionem in jure factam, nihil quæritur, post orationem divi Marci, quia in jure confessi pro judicatis habentur*, dit Ulpien, L. 56, ff. *de re judic.*, 42, 1.

Confessos in jure pro judicatis haberi placet. (*Leg. unic.*, Cod., *de confessis*, 7, 59.) Il ne restait plus qu'à passer à l'exécution. Ainsi, l'aveu fait *in jure* rendait l'obligation exécutoire, comme le fait chez nous un acte notarié. Il n'était pas besoin de rendre un jugement de condamnation contre le défendeur, ni par conséquent de donner un juge aux parties. Partant de là, Ulpien observe avec raison que le juge donné par le préteur, le juge pédané n'a rien à faire : *Nullæ partes sunt judicandæ in confitentem.* Le juge ne pouvait être donné que pour liquider la dette avouée; si elle n'était pas liquide, pour faire les calculs, pour estimer la chose :... *adversus confitentem datur judex non rei judicandæ, sed æstimandæ datur.* (L. 25, *in fine*, ff. *ad legem Aquiliam*, 9, 2.)

Après la dette avouée *in jure*, le débiteur, renvoyé pour la liquidation devant un juge pédané, ne pouvait plus opposer aucune exception contre son aveu. Le juge ne pouvait examiner si cet aveu était ou non conforme à la vérité; il était considéré comme un jugement qui avait la force de la chose jugée. Le titre *de Confessis*, qui contient les questions que pouvait faire naître l'aveu *in jure*, était donc un appendice nécessaire au titre *de Re judicata*, après lequel il est placé.

265. Quant aux aveux faits *in judicio*, c'est-à-dire devant le juge à qui le préteur avait renvoyé l'instruction et le jugement du procès, ils pouvaient être un moyen de conviction pour le juge, et motiver la condamnation qu'il prononçait, suivant le principe qu'il faut ajouter foi au témoignage rendu contre soi-même : *Fides enim ei contra se habebitur* (1); mais ils n'avaient point la force ni l'autorité de la chose jugée (2). Celui qui les avait faits avait la faculté de les rétracter, en prouvant qu'ils lui étaient échappés par une erreur de fait : *Non fatetur qui errat, nisi jus ignoravit.* (L. 2, ff. *de confessis*, 42, 2.)

266. Ces aveux pouvaient être faits de trois manières ;

1° Sans aucune interpellation, mais spontanément par l'une des parties, dans le cours de l'instruction :

2° Sur la réquisition de l'une des parties, qui avaient toujours le droit de se faire respectivement interroger sur les faits relatifs au procès et qui pouvaient conduire à la découverte de la vérité;

3° Sur l'interpellation du juge, qui pouvait toujours, en tout état de cause, interroger les parties, lorsqu'il le jugeait à propos, ou que l'équité lui paraissait l'exiger : *Ubicumque judicem æquitas moverit, æque oportere fieri interrogationem dubium non est.* (L. 21, ff. *de interrogat in jure fac.*, 11, 1.)

Tels étaient, en général, les principes du droit romain sur les aveux faits, soit *in jure*, soit *in judicio*.

267. Quant à l'aveu extrajudiciaire, les compilateurs du droit romain, sans en faire l'objet d'un titre particulier, se sont bornés à rappeler par occasion et à recommander énergiquement le principe de raison fondamental en cette matière. L'aveu fait contre l'avouant une preuve complète qu'il ne peut détruire qu'en démontrant l'erreur par les preuves les plus évidentes, *evidentissimis probationibus*. Ils regardaient comme indigne de l'homme de récuser son propre témoignage. *Voy.* la loi 25, § *ult.*, ff. *probat.*, 22, 3; et la loi 13, Cod., *de non numerata pecunia*, 4, 30.

268. Les interprètes du droit romain, n'y trouvant point de titre particulier sur l'aveu fait hors jugement, crurent devoir en parler, en expliquant le titre *de Confessis*, et ils divisèrent l'aveu en judiciaire et extrajudiciaire, comme on le fait encore aujourd'hui; mais, frappés du prodigieux effet que donnent les lois romaines à l'aveu fait *in jure*, qui a la force d'un jugement, ils en conclurent que l'aveu extrajudiciaire devait en avoir beaucoup moins. Ils auraient eu pleinement raison, s'ils s'étaient bornés à ce qui

(1) L. 11, § 1, ff. *de interrogationibus in jure faciendis*, 11, 1.

(2) Vinnius, *Partit. juris*, lib. 4, tit. 52, *de Confessis*, note 30.

Doneau, *Comment. juris civilis*, in tit. *de Confessis*.

Schulting, *in Pauli sentent.*, lib. 2, tit. 1, § 5, et tit. 5, § 19.

concerne l'effet de la chose jugée et l'exécution parée, accordés à l'aveu *in jure;* mais la plupart allèrent jusqu'à prétendre que l'aveu extrajudiciaire ne forme point une preuve complète, mais forme seulement une demi-preuve, une présomption plus ou moins forte (1).

269. Le moine Raymond de Pennaford, auteur de la compilation des Décrétales sous Grégoire IX, y inséra, à l'exemple du droit romain, un titre *de Confessis*, et, en expliquant ce titre, les commentateurs et les interprètes suivirent la même doctrine, et y ajoutèrent de nouvelles erreurs, en appliquant, contre toute raison, aux aveux ou reconnaissances du débiteur, les principes des Décrétales sur la *confirmation*. Ces fausses doctrines, enseignées par toute l'ancienne école des interprètes et des docteurs, s'accréditèrent tellement, qu'elles influèrent plus ou moins sur les écrits des jurisconsultes des XVI[e] et XVII[e] siècles. Dumoulin même, le prince de nos jurisconsultes français, ne put, comme nous le verrons bientôt, malgré l'indépendance de son génie et de ses opinions, se défendre entièrement de cette influence contagieuse.

270. Mais il faut voir d'abord comment la doctrine du droit romain, sur les aveux judiciaires, a été reçue et pratiquée dans notre droit français.

Notre Code civil, ainsi que les interprètes et les docteurs, divise l'aveu considéré comme preuve en judiciaire et extrajudiciaire : « L'aveu » qui est opposé à une partie est ou extrajudi- » ciaire, ou judiciaire. » (Art. 1354.)

Nous commencerons par l'aveu judiciaire.

« L'aveu judiciaire est la déclaration que fait » en justice la partie, ou son fondé de pouvoir » spécial. » (Art. 1356.)

Mais nous ne connaissons point, dans notre législation, les aveux *in jure* du droit romain; et les actions préparatoires, connues sous le nom d'actions interrogatoires, n'ont jamais été admises dans notre droit français. C'est au demandeur à se procurer les renseignements dont il peut avoir besoin pour connaître les personnes contre lesquelles il doit diriger son action, et ce qu'il doit leur demander.

271. La différence qui existe entre l'ordre judiciaire des Romains et le nôtre fait assez voir que nous ne pouvons connaître les aveux faits *in jure*, en présence du préteur, ni les distinguer de ceux qui sont faits *in judicio*, dans le cours de l'instruction du procès porté devant le juge. Nous connaissons cependant des aveux qu'on peut appeler judiciaires, quoiqu'ils ne soient pas faits, à proprement parler, en jugement, depuis le procès pendant devant le tribunal chargé de juger : ce sont les aveux faits au bureau de paix ou de conciliation qui n'est point un tribunal, et qui n'est établi que pour concilier les parties, s'il est possible, et, dans le cas contraire, pour *dresser un procès-verbal sommaire de leurs dires, aveux et dénégations sur les points de fait*, suivant l'art. 3 du tit. 10 de la loi du 24 août 1790, concernant l'organisation judiciaire.

Nous croyons avoir prouvé ci-dessus, n[os] 120 et suivants, que cette disposition n'est point abrogée par le Code de procédure, et qu'elle est au contraire en pleine vigueur. Les aveux faits en bureau de paix, quoique non faits en jugement, n'en sont pas moins authentiques, puisqu'ils sont faits par-devant des officiers publics spécialement chargés de les recevoir : ils doivent donc faire pleine foi en jugement contre celui qui les a faits, jusqu'à ce qu'il ait prouvé qu'ils ne sont fondés que sur une erreur de fait. Cependant, quelque précis qu'ils soient, ils n'ont pas comme les aveux *in jure* du droit romain, la force d'un jugement, ni l'autorité de la chose jugée; ils doivent, de même que les aveux faits *in judicio* devant un tribunal, être suivis d'un jugement de condamnation, lors même qu'ils ont la force d'un acquiescement à la demande (2).

272. Mais de pareils aveux, lorsque le défendeur est disposé à les faire, peuvent devenir un moyen simple et facile de ménager des frais, et de procurer au créancier un titre exécutoire et hypothécaire. Nous avons vu employer ce moyen avec succès dans l'espèce suivante. Le débiteur d'une somme de 100 francs, menacé d'être poursuivi par un créancier disposé d'ailleurs à lui accorder des délais, moyennant des sûretés, comparait volontairement avec lui devant le juge de paix, où le créancier expose sommairement sa demande, en concluant à la condamnation du défendeur, lequel de son côté avoue la dette, en ajoutant qu'il est, quant à présent, hors d'état de la payer. En conséquence de cet aveu, et vu ce qui en résulte, le juge de paix condamne le débiteur à payer; et ce jugement, fort peu dispendieux, procure au créancier un titre exécutoire, au moyen duquel il a une hypothèque judiciaire sur tous les biens présents et à venir du débiteur, et peut, sans aucun risque, lui accorder des délais. Cette marche dispense de faire enregistrer des actes sous seing privé que l'on ne veut pas faire connaître, ou dont l'enregistrement serait fort cher.

273. Les aveux judiciaires proprement dits sont ceux qui sont faits *in judicio*, ou, comme

---

(1) *Voy.* Perezius, *in Cod.*, tit. *de Confessis*, 7, 59.

(2) *Voy.* Duranton, t. 7 (XIII, éd. fr.), n° 561.

Selon un arrêt de rejet, du 11 février 1820, rendu par la cour de cassation de Bruxelles, il résulte de l'esprit et de la lettre de l'art. 54 du Code de procédure civile, que le juge de paix, siégeant en bureau de conciliation, n'a pas qualité pour constater un aveu, surtout lorsque la partie adverse n'en a pas demandé acte, et que la partie faisant cet aveu n'a pas voulu signer le procès-verbal. Voy. *Pasicrisie belge* à cette date.

dit le Code, *en justice* pendant le cours de l'instruction du procès porté devant le tribunal qui doit juger. Ces aveux sont *forcés* ou *spontanés*.

Ils sont forcés dans le cas des interrogatoires sur faits et articles, et dans celui où le tribunal ordonne aux parties de comparaître en personne à l'audience pour y être interrogées sur les faits du procès.

Les aveux spontanés sont ceux que fait l'une des parties sans être interpellée ni requise, lorsque, soit dans ses écritures, soit dans sa plaidoirie, elle reconnait un fait dont l'autre peut tirer des inductions en sa faveur (1).

274. Commençons par ce qui regarde les interrogatoires sur faits et articles. Le témoignage qu'on rend sans contrainte sur un fait qui nous est personnel, est, avec raison, considéré comme un des critères de vérité les moins trompeurs. Et d'un autre côté, tout homme en société est rigoureusement obligé de dire la vérité à la justice. Ces principes sont le fondement des lois qui permettent l'interrogatoire sur faits et articles, que nous avons emprunté du droit romain, et que chacune des parties réciproquement peut toujours provoquer, l'une pour éclaircir les faits qui établissent sa demande, l'autre pour approfondir les faits qui peuvent tendre à sa défense.

« Les parties peuvent, en toutes matières et
» en tout état de cause, demander de se faire
» interroger respectivement sur faits et articles
» pertinents, concernant seulement la matière
» dont est question, *sans retard de l'instruction*. »
(Art. 324 du Code de procédure, conforme à l'ordonnance de 1667, tit. 10, art. 1.)

« La partie répondra en personne, sans pou-
» voir lire aucun projet de réponse par écrit, et
» sans assistance de conseil, aux faits contenus
» en la requête, même à ceux sur lesquels le
» juge l'interrogera d'office. Les réponses seront
» précises et pertinentes sur chaque fait, etc. (2). »
(Art. 333.)

275. Si la partie ne comparaît pas pour être interrogée, ou si elle refuse de répondre après avoir comparu, les faits pourront être tenus pour avérés.

Il est facile de voir le parti que peut tirer d'un pareil interrogatoire un juge éclairé et pénétrant, et comment il peut découvrir la vérité dans les réponses simples et franches d'un homme de bonne foi; et comment, au contraire, il reconnaîtra la mauvaise foi d'un plaideur rusé dans ses réponses évasives ou artificieuses, ses réticences, son embarras, ses contradictions et dénégations, ses hésitations, sa contenance, enfin jusque dans son silence même.

276. Mais il faut l'avouer, les formalités qui doivent précéder l'interrogatoire, le lieu et la manière dont il est fait, suivant nos lois, ont entièrement étouffé les lumières qu'on en pouvait naturellement attendre.

1° L'ordonnance et le Code exigent qu'il soit donné copie des faits et articles sur lesquels la partie doit être interrogée, et au moins vingt-quatre heures auparavant, suivant le Code de procédure, comme pour lui donner le temps de méditer ses réponses, et de les préparer avec plus d'art.

2° Ces mêmes lois veulent que l'interrogatoire soit fait, non pas au grand jour de l'audience et publiquement, mais en secret, devant un seul juge ou commissaire, comme si ces lois voulaient épargner a celui qui cherche à déguiser la vérité l'embarras de la publicité, et dérober aux autres juges, à qui l'interrogatoire écrit est ensuite rapporté, les vives lumières que pourraient leur donner les hésitations, les tergiversations, etc., et la contenance même de l'interrogé; ce que ne peut rendre que très-imparfaitement la plume même la mieux exercée, et que ne peut jamais rendre le froid procès-verbal, rédigé par le commissaire interrogateur ou par son greffier.

3° Enfin, le Code de procédure, ce que n'avait point fait l'ordonnance de 1661 (3), défend, (art. 333) à celui même qui a requis l'interroga-

(1) *Voy.* Duranton, t. 7 (XIII, éd. fr.), n° 530, et Dalloz, v° *Aveu*, n° 20.

(2) *Voy.* Duranton, t. 7 (XIII, éd. fr.), n°s 547 à 550.

(3) *Voy.* le *Répertoire*, t. 6, p. 485 (éd. Tarlier, t. 15, p. 494), v° *Interrogatoire sur faits et articles*, n° 12. Le silence des lois, sur ce point, avait introduit une différence remarquable dans la jurisprudence des différents parlements.

Dans le Dauphiné, il était d'usage constant que la partie qui poursuivait l'interrogatoire y fût présente.

A Paris, au contraire, et dans quelques autres parlements, on ne le permettait pas.

A l'appui de ce dernier usage, on citait l'exemple de Dumoulin, qui, ayant demandé que le frère d'Antoine Duprat fût interrogé en sa présence, parce que, disait-il, l'interrogé ne nierait pas le fait aussi facilement, fut néanmoins refusé par les juges; en quoi, ajoute-t-il, sur l'art. 37 de l'ordonnance de 1539, la cour jugea fort mal: *Et in hoc Curia pessime judicavit.*

Le sieur Biousse Duplan voulut, en 1779, introduire la jurisprudence parisienne en Dauphiné. La dame de la Condamine, sa sœur, ayant demandé qu'il fût interrogé pour donner des réponses catégoriques, il prétendit qu'elle ne pouvait être présente à l'interrogatoire. Il fondait sa prétention sur la jurisprudence des autres parlements, et sur l'art. 7, tit. 10 de l'ordonnance, portant que « le juge, après avoir pris le serment, » recevra les réponses sur chacun fait et article, et » pourra même, d'office, interroger sur aucuns faits; » disposition qui, suivant le sieur Duplan, excluait la présence de la partie qui fait interroger; présence qui peut donner lieu a des rixes et des irrévérences envers le juge.

La dame de la Condamine répondait que tout ce que la loi ne défend pas expressément est permis; que loin qu'il y eût prohibition expresse dans l'ordonnance, on pouvait argumenter de l'article cité, parce qu'il ne serait pas possible au juge d'interroger d'office, et de deviner des faits dont il n'a pas été donné copie, si la

toire, d'y assister, comme si l'on eût craint qu'une sorte de pudeur ne retînt l'interrogé, et ne l'empêchât de mentir en présence d'un homme qui connaît la vérité des faits, ou que celui qui poursuit l'interrogatoire ne suggérât au commissaire quelques questions, pour faire tomber l'interrogé en contradiction et tirer la vérité de ses réponses (1).

Il en est arrivé qu'on a très-rarement obtenu quelque résultat de pareils interrogatoires, et qu'on a presque renoncé à en faire usage.

277. Le premier des vices que nous venons de signaler fut démontré, il y a plus d'un siècle et demi, par le président de Lamoignon, lors des conférences tenues sur le projet de l'ordonnance de 1667 (2). Il observa qu'il y avait une importante réflexion à faire touchant la question de savoir s'il serait plus avantageux au bien de la justice de ne point communiquer les faits aux parties, ou de continuer l'usage dans lequel on a vécu jusqu'à présent.

« En faveur de la communication, ajoutait-il, on peut dire que c'est un ancien style, toujours observé dans le parlement (de Paris) et dans son ressort; et cette communication est pour empêcher qu'*une personne simple ne soit surprise par la proposition de faits imprévus*, et dont elle n'aurait pas de connaissance, et encore afin de lui donner le temps de s'en instruire pour satisfaire à la vérité, parce qu'on peut proposer des articles de choses éloignées dont on a perdu la mémoire.

» On peut dire au contraire que, lorsqu'on communique les faits, c'est donner le moyen de se préparer contre la vérité, laquelle n'a pas besoin de conseil pour se produire; chacun doit savoir ce qui est de son fait, et ne saurait être tenu de répondre sur autre chose. D'ordinaire, ceux qui sont interrogés consultent bien moins leur conscience que le palais sur ce qu'ils ont à dire; ils apportent leurs réponses toutes faites; de sorte que tout l'effet de leur interrogatoire n'est que de transcrire des réponses que la partie elle-même a rédigées par écrit. L'on n'a point vu qu'un homme, préparé sur ce qu'il doit répondre, ait jamais perdu son procès par sa bouche; c'est bien souvent l'occasion d'un parjure prémédité, qu'il serait beaucoup meilleur de retrancher; mais qu'au contraire, lorsqu'une partie vient prêter interrogatoire sans avoir eu communication des faits, il est difficile, quand ils sont bien dressés, qu'elle ne tombe dans quelque contradiction, lorsqu'elle veut déguiser la vérité; que, dans la province de Normandie, on se trouvait bien de cet usage, et qu'il serait peut-être avantageux pour la justice de le rendre général pour tout le royaume. »

278. Pussort, commissaire du roi, et rédacteur du projet, ne répondit point à ces raisons décisives; et l'article qui ordonnait la communication des faits fut conservé dans l'ordonnance.

Pussort proposait même (3) un article qui défendait aux juges *d'interroger d'office sur aucun fait dont il n'aura point été donné copie.* Mais cette fois-ci, la raison l'emporta, et sur l'instance de M. de Lamoignon, on inséra, dans l'art. 7, qu'en recevant les réponses sur chaque fait et article, le juge pourra *même d'office interroger sur aucuns faits, quoiqu'il n'en ait été donné copie.*

279. La même ordonnance donna aux juges-consuls un pouvoir plus étendu. L'art. 4 du tit. 16 porte qu'ils « pourront, s'ils jugent nécessaire d'entendre la partie non comparante, » ordonner qu'elle sera ouïe par sa bouche en » l'audience, en lui donnant délai compétent, etc. »

280. C'était rentrer dans les sages dispositions du droit romain, qui veut que le juge interroge les parties *ubicumque æquitas moverit* (4). C'était ouvrir aux juges la voie qui peut conduire à la découverte de la vérité; mais comme en donnant ce pouvoir aux juges-consuls, qui sont des juges d'exception, l'ordonnance ne le donnait point aux juges ordinaires, on en conclut qu'ils ne pouvaient, d'office, ni interroger les parties, ni même ordonner un interrogatoire sur faits et articles.

281. Ce dernier pouvoir leur est encore inter-

---

partie qui poursuit n'était présente pour les lui suggérer au fur et à mesure, et que, lorsque l'ordonnance a voulu exclure, dans quelques procédures, la présence des parties, elle avait eu soin de l'exprimer, comme dans l'art. 15, tit. 22, qui exclut formellement l'assistance des parties aux enquêtes secrètes; que l'usage des tribunaux du Dauphiné était infiniment plus avantageux que celui de Paris, en ce que, pour l'ordinaire, ce n'est qu'à l'interrogatoire sur un fait suggéré à l'instant par la partie qui poursuit, et non médité par l'autre, que la vérité se découvre.

Ces raisons peremptoires triomphèrent. Une sentence du sénéchal de Valence permit à la dame de la Coudamine de continuer de paraître à l'interrogatoire, et, le 7 juillet 1779, il intervint arrêt qui confirma la sentence. Il est rapporté dans le *Répertoire, ubi supra.*

Mais cette jurisprudence si raisonnable fut rejetée par l'art. 333 du Code de procédure.

Il est à remarquer que les rédacteurs de ce Code sont restés fort au-dessous des rédacteurs du Code civil. Ceux-ci, à quelques fautes près, causées par la précipitation avec laquelle ils étaient forcés de travailler, ont constamment perfectionné et avancé la science; ceux-là l'ont souvent fait rétrograder, sans jamais s'élever à la hauteur des lumières de leur siècle.

(1) Un arrêté belge du 4 novembre 1814 exige « qu'en matière civile ou de commerce, toute partie qui est interrogée sur faits et articles ou même d'office par les juges prête serment avant que de répondre. »

Ceci se pratiquait autrefois. *Voyez* Pothier, *OEuvres complètes* (éd. Tarlier, t. 1, p. 276).

(2) *Voy.* le procès-verbal, p. 207 et suiv.

(3) *Ibid.*, p. 211.

(4) L. 21, ff. *de interrogationibus in jure faciendis*, 11, 1. Junge *legem* 9, Cod., *de judiciis*, 3, 1.

dit aujourd'hui, suivant la doctrine des auteurs qui ont écrit depuis la promulgation du Code de procédure. Cette opinion cependant peut paraître au moins douteuse; car l'art. 119 en est revenu aux principes du droit romain, en permettant aux juges d'ordonner d'office la comparution des parties au jour indiqué par le jugement. Elles sont alors interrogées en public et à l'audience, par le président du tribunal, et par conséquent les deux parties peuvent et doivent assister à l'audience : d'où l'on peut induire qu'elles peuvent, comme aux cours d'assises, s'adresser réciproquement des questions et des observations par l'organe du président, et que chaque juge, en demandant la parole au président, peut aussi adresser aux parties les questions qu'il estime convenables.

282. Ce mode d'interrogatoire, habituellement employé par les tribunaux de commerce, y produit les meilleurs effets, ainsi que dans les cours d'assises : l'expérience a donc prononcé en sa faveur. Il est à regretter que les juges civils ne l'emploient pas plus souvent; et, puisque le Code leur laisse le pouvoir de l'ordonner, on ne voit pas pourquoi il leur serait défendu d'ordonner d'office l'interrogatoire sur faits et articles, ni comment on pourrait casser un jugement qui l'ordonnerait, puisque aucune loi ne le défend (1).

283. Les législateurs du canton de Genève, qui ont eu la sagesse de perfectionner les lois que le vainqueur leur avait imposées, au lieu de les rejeter sans examen, ont retranché de leur Code de procédure (art. 160 et suiv.) la nécessité de communiquer les faits sur lesquels une partie doit être interrogée, ainsi que le mode de recevoir l'interrogatoire en secret. Ils ont regardé la procédure de notre Code, à cet égard, comme *le mode le plus sûr de ne point atteindre la vérité*. Lorsque le calme des passions et l'empire de la raison seront rétablis en France, peut-être aurons-nous aussi la sagesse d'imiter nos voisins, et de perfectionner nos Codes, en retranchant ce qu'ils ont de défectueux.

284. Les interrogatoires faits à l'audience, en vertu d'un jugement qui ordonne la comparution des parties, outre les ressources qu'ils peuvent donner pour découvrir la vérité plus facilement, ont encore, pour l'abréviation des procès, un avantage que n'ont point les interrogatoires sur faits et articles. Ceux-ci étant faits hors l'audience et en secret, il est nécessaire de dresser un procès-verbal des réponses de la partie, de le notifier à celle qui a requis l'interrogatoire, pour en venir ensuite à l'audience plaider sur les réponses ; au lieu que si les réponses faites au président, qui interroge les parties en présence du tribunal et du public, sont telles qu'il en résulte la preuve, soit du fait en contestation, soit de quelque autre fait qui suppose nécessairement son existence, en un mot, si les réponses sont telles qu'elles emportent la conviction, le tribunal peut et doit rendre de suite son jugement définitif, ainsi que l'observe très-judicieusement Théveneau, page 414. Il dit que, quand les faits sont confessés par-devant le juge, ils emportent conviction, *et le juge, en matière civile, ne doit davantage enfoncer la procédure, ainsi doit rendre son jugement.*

285. Les aveux obtenus au moyen des interrogatoires sur faits et articles, ou lors de la comparution des parties à l'audience, en vertu d'un jugement qui l'ordonne, *font pleine foi contre ceux qui les ont faits*; et, quoique ce principe s'applique à beaucoup d'autres aveux, ceux-là étant faits avec plus de solennité méritent plus particulièrement toute la confiance de la justice ; car on ne peut les soupçonner d'être échappés à la légèreté; ils sont faits avec la plus grande réflexion, en pleine connaissance de cause et à dessein, ou du moins avec volonté de conférer à l'autre partie le droit d'en tirer les conséquences qui peuvent en résulter en sa faveur. Ainsi, un

---

(1) Nous croyons devoir ajouter à ces observations les décisions suivantes :

1° Si l'aveu est fait devant un tribunal incompétent *ratione materiæ*, qui prononce ensuite son incompétence, ce n'est plus qu'un aveu extrajudiciaire. Il en serait autrement si ce tribunal était seulement incompétent à raison de la personne, car la personne qui a fait l'aveu a reconnu la compétence du juge. Duranton, t. 7 (XIII, éd. fr.), nos 562, 563; Merlin, *Répertoire*, v° *Confession*.

2° Les aveux faits dans une instance portée devant les arbitres conservent leur force devant les juges ordinaires (L. 5, § 1, ff *de recept. arbitr.*), ce qui ne peut s'entendre néanmoins que du cas où l'instance dont les juges ordinaires sont saisis n'est que la continuation de l'instance commencée devant les arbitres. Merlin, *Quest.*, v° *Confession*, § 1er; Toullier, t. 4 (VIII, éd. fr.), n° 26; Rolland, v° *Aveu*, n° 46.

3° Une question grave non soulevée par Toullier est celle de savoir si l'aveu fait dans une instance est opposable dans une autre. Duranton adopte l'affirmative, t. 7 (XIII, éd. fr.), n° 552. Les autres auteurs n'admettent l'aveu comme preuve dans une autre instance qu'autant qu'il s'y joint d'autres adminicules. *Voyez* Merlin, *Quest. de droit*, v° *Confession*, § 1er; Dalloz, v° *Aveu*, n° 18. Ne pourrait-on pas, suivant la maxime : *Confessio pro judicato habetur*, appliquer l'aveu comme on applique la chose jugée? La vérité, une fois reconnue par une partie, sur un droit, dans une cause, devrait être prise comme vérité, à l'égard de la même partie, lorsqu'il s'agit du même droit et du même titre : on n'applique pas autrement le principe : *Res judicata pro veritate habetur*. Cette opinion néanmoins ne doit pas se prendre dans un sens absolu. Elle restera toujours soumise aux diverses circonstances qui détermineront le sens de l'aveu, et cet aveu pour sa saine appréciation devra être mis en présence des motifs qui l'auront déterminé, c'est-à-dire qu'on devra bien se pénétrer et de l'objet de l'instance dans laquelle il aura été fait, et des conclusions qui ont été prises dans cette instance, et du sens dans lequel la partie a entendu donner son aveu. Les termes de l'aveu sont-ils généraux ou restreints? L'action avait-elle pour objet un droit de servitude, un passage, ou un droit de propriété exclusive? Tous ces points sont à examiner.

aveu aussi solennel « ne peut être révoqué, à » moins qu'on ne prouve qu'il a été la suite d'une » erreur de fait; il ne pourrait être révoqué sous » prétexte d'une erreur de droit. » (Art. 1356.) Nous en développerons bientôt la raison.

286. Quant aux aveux judiciaires, moins solennels, mais spontanés, ils sont de deux espèces : 1° ceux que font les parties elles-mêmes, soit verbalement et à l'audience, lorsqu'elles plaident leurs causes *avec l'assistance de leurs avoués* (art. 85 du Code de procéd.), soit dans les écritures qu'elles ont souscrites et fait signifier; 2° les aveux que font leurs avoués ou leurs avocats, soit verbalement à l'audience, soit dans les écritures du procès (1).

287. Il n'est pas douteux que les aveux volontairement faits par l'une des parties, soit à l'audience de vive voix, soit dans les écritures qu'elle a souscrites, ne fassent pleine foi contre elle en faveur de l'autre : mais il faut, à cet égard, faire une remarque importante, a laquelle nos auteurs n'ont pas fait autant d'attention qu'elle le mérite; c'est que de pareils aveux peuvent être révoqués avant que l'autre partie ait déclaré les accepter, en demandant au tribunal qu'il en soit décerné acte. C'est une maxime fort ancienne au palais, ainsi que l'enseignent les auteurs exacts de la *Nouvelle Collection de jurisprudence*, Camus et Bayard, v° *Aveu*, tom. 2, pag. 654. « Lorsqu'une partie, disent-ils, fait » dans ses requêtes quelque aveu dont on croit » que l'on pourra tirer avantage, il faut être at» tentif à en demander *acte*, parce qu'on tient » au palais qu'après telle demande il n'est plus » libre à la partie de rétracter son aveu, comme » elle pouvait le faire jusque-là. »

Cette maxime, que ces savants auteurs n'ont fait qu'énoncer, est fondée sur un de ces principes élémentaires, si simples et si vrais, que personne ne les conteste, savoir : que l'on peut toujours rétracter sa parole. avant qu'il y ait droit acquis à un tiers par l'acceptation. L'aveu volontaire d'un fait, d'où vous pourrez tirer une conséquence en votre faveur, ne vous confère aucun droit contre moi avant votre acceptation. Je puis donc le retracter sans vous faire aucun tort. Ce n'est que dans le cas où vous avez quelque droit acquis, que je ne puis changer de volonté au préjudice de ce droit. *Nemo potest mutare consilium suum in alterius injuriam*. (L. 75, ff. *de reg. jur.*) La rétractation d'un aveu que j'ai fait, peut-être par légèreté ou par tout autre motif, ne fait que nous replacer l'un et l'autre dans la situation où nous étions avant mon aveu. Si vous aviez des preuves du fait en question ma rétractation n'y porte aucun préjudice; si vous n'en aviez point, je n'étais pas tenu de vous en fournir. De quelque manière qu'on envisage la chose, je puis donc, avant que ma volonté soit enchaînée par votre acceptation, me rétracter sans vous faire aucun tort (2).

288. Objectera-t-on qu'à la différence des offres, qu'on peut toujours retirer avant qu'elles soient acceptées, l'aveu d'un fait ne peut être rétracté, précisément parce qu'il s'agit de la preuve d'un fait dont la vérité, une fois connue par l'aveu, ne peut plus être détruite par ma rétractation ?

Non, sans doute. La vérité du fait avoué n'est point et ne saurait être détruite par la rétractation d'un aveu dont elle est indépendante; mais je puis détruire, en la rétractant, les conséquences d'un aveu qui n'est pas autre chose qu'un acte de ma volonté, et duquel vous auriez pu tirer une preuve, équivoque, il est vrai, quoique admise en justice, de l'existence du fait qui demeure sans preuve depuis ma rétractation; car il serait contre toute raison de prétendre que l'aveu d'un fait personnel à l'avouant est, du moment même de son émission, un critère infaillible et indestructible de vérité. En un mot, en rétractant mon aveu, je ne détruis ni altère la vérité du fait avoué; j'anéantis seulement la preuve qu'on pouvait en tirer, pour en conclure la réalité du fait.

289. Observez qu'en rétractant mon aveu, avant l'acceptation, je ne suis point obligé de prouver qu'il était fondé sur une erreur. Cette preuve ne m'est imposée que dans le cas où il a été accepté, soit depuis qu'il a été fait, soit d'avance, comme dans le cas de l'aveu judiciaire proprement dit, c'est-à-dire dans le cas de l'aveu fait en présence du juge, soit lors de l'interrogatoire sur faits et articles, soit lors de l'interrogatoire d'office, dans le cas d'un jugement qui ordonne la comparution des parties à l'audience; car dans l'un et l'autre cas, il y a acceptation d'avance de la part de l'autre partie, soit par la provocation de l'interrogatoire, soit par la notification du jugement qui ordonne la comparution : l'un et l'autre de ces actes supposent également que celui qui les fait veut tirer avantage des faits avoués dans l'interrogatoire, et que, par conséquent, l'interrogé ne peut plus rétracter sans motifs, et sans prouver que les aveux sont fondés sur l'erreur.

290. C'est sur les principes que nous venons de développer qu'est fondée la doctrine des auteurs, qui exigent avec raison que les aveux soient acceptés pour être irrévocables, et qu'ils peuvent être révoqués avant l'acceptation. Perezius, dans son Commentaire si estimé sur le Code de Justinien, lib. 7, tit. 7, enseigne, n°s 15 et 16, que l'aveu fait dans le cours d'une instance

(1) *Voy.* Pothier, *des Obligations*, n° 803; Duranton, t. 7 (XIII, éd. fr.), n° 551; Rolland, v° *Aveu*, n° 33.

(2) Bruxelles, cass., 30 mai 1823 (*Pasicrisie belge* à cette date). *Contra*, Boileux, sur l'art. 1356.

ne nuit point à celui qui l'a fait avant l'acceptation expresse de l'autre partie; mais qu'après l'acceptation il ne peut être révoqué, parce qu'il y a droit acquis à l'adversaire : *quia per acceptationem jus quæsitum est adversario quod non debet invito eripi.*

Voet, *in tit. ff. de confessis*, 42, 2, enseigne également que l'acceptation de l'aveu est nécessaire. Il serait facile de multiplier les citations.

291. Mais il est inutile de le faire sur un point de doctrine qui ne paraît pas avoir de contradicteurs, et qui est conforme à la raison; il l'est également à l'esprit et aux dispositions de nos Codes. On trouve un exemple de son application dans l'art. 1211 du Code civil, dont la dernière disposition porte que la simple demande, formée *pour sa part* contre l'un des codébiteurs solidaires, si celui-ci *n'a pas acquiescé à la demande*, ne suffit pas pour opérer, de la part du créancier, la remise de la solidarité en faveur de ce débiteur: d'où résulte que, jusqu'à l'acceptation, le créancier peut rétracter sa demande, et l'étendre à la totalité de la dette; ce qu'il ne peut plus faire après l'acquiescement ou l'acceptation du débiteur.

292. On trouve un autre exemple de l'application de notre principe dans les art. 402 et 403 du Code de procédure, sur le désistement de la demande formée par le créancier. Ce désistement contient au moins implicitement que la demande a été mal formée en quelque point. Cependant, le désistement peut être rétracté jusqu'à l'acceptation, que le Code exige expressément (1).

293. Prenons donc pour constant que l'aveu fait dans le cours d'une instance, de vive voix, ou dans ses écritures, par l'une des parties, peut être rétracté jusqu'à l'acceptation. Passons aux aveux faits par les avoués ou les avocats de l'une des parties, pendant le cours d'une instance.

Les avoués ou procureurs sont les mandataires de la partie qui les a choisis; ils la représentent en tout ce qui concerne les suites et les procédures de l'affaire dont ils sont chargés. C'est pour cela qu'ils sont institués. Ces pouvoirs généraux sont néanmoins renfermés dans certaines bornes. L'art. 352 du Code de procédure porte : « Aucune offre, *aucun aveu* ou con-
» sentement, ne pourront être faits, donnés ou
» acceptés, sans un pouvoir spécial, *à peine de*
» *désaveu.* »

La loi n'a pas voulu que des actes qui pourraient si essentiellement compromettre les intérêts de la partie fussent censés compris dans le mandat général qu'elle donne à son avoué, en le chargeant de suivre une affaire d'où peut dépendre quelquefois toute sa fortune. Si donc cet avoué s'ingère de faire, sans la consulter, l'un des actes exclus de son mandat, ce qu'il fait est nul et ne peut préjudicier au mandant : les adversaires n'en peuvent tirer avantage; mais le mandant doit désavouer ce qui a été fait contre sa volonté; son silence pourrait être pris pour une ratification de ce qui a été fait sans son consentement.

Il pourrait sans doute révoquer l'aveu indiscret fait par son mandataire, ou du moins en anéantir les effets et les conséquences, en prouvant que l'aveu est la suite d'une erreur; mais il n'est point obligé de suivre cette marche, qui le charge du fardeau d'une preuve souvent difficile. La loi lui en indique une plus simple, et qui rejette la preuve sur l'adversaire, celle du désaveu fondé sur ce qu'il n'a point autorisé l'aveu dont il se plaint. Il n'a dans ce cas aucune preuve à faire; c'est au procureur désavoué dont la conduite est inculpée, ou à l'adversaire qui veut en tirer avantage, de prouver que le désaveu est mal fondé (2). La marche à suivre dans le cas du désaveu est tracée par le Code de procédure. (Art. 353 et suiv.)

294. On doit remarquer qu'en défendant de faire aucun aveu ou consentement *sans pouvoir spécial, sous peine de désaveu*, le Code ne permet point à l'avoué de s'excuser, en prouvant que le fait avoué par lui est conforme à la vérité. Faux ou vrai, il a manqué à son devoir en le reconnaissant sans pouvoir spécial; il ne peut donc s'excuser que de trois manières : en représentant le pouvoir spécial, en vertu duquel il a agi; en faisant voir que sa conduite a été approuvée expressément ou tacitement; ou enfin, que le fait avoué se trouve prouvé par les pièces que lui a remises son client; par exemple, si, dans la liasse des pièces au soutien d'une créance qu'il est chargé de recouvrer, il s'en trouve une qui prouve que le créancier demandeur a reçu un à-compte. Le procureur ne peut en ce cas être désavoué, pour avoir reconnu cet à-compte de bonne foi, quoique le débiteur n'en eût pas la preuve; car le procureur n'a fait alors que ce qu'eût dû faire son client, qui ne pouvait, sans mauvaise foi, receler une pièce qui diminuait la créance : mais dans aucun cas, le procureur désavoué ne peut alléguer, pour sa défense, que le fait par lui reconnu sans pouvoir n'en est pas moins vrai, et demander à le prouver; car alors, ce serait jouer le rôle de l'adversaire contre le client qu'il était chargé de défendre (3).

295. Au reste, le Code exige que le désaveu soit notifié, tant à l'avoué contre lequel il est dirigé, qu'à tous les avoués de la cause, non-

(1) *Voy.* Dalloz, vº *Aveu*, nº 116.

(2) *Sic* Duranton, t. 7 (XIII, éd. fr.), nº 546; Pigeau, t. 1, p. 126.

(3) Rolland, vº *Aveu*, nºs 35 et 36; Duranton, t. 7 (XIII, éd. fr.), nº 546.

seulement afin d'empêcher toute collusion entre la partie désavouante et le procureur désavoué, qui voudraient, par un concert frauduleux, revenir contre un consentement donné ou une déclaration faite au préjudice du désavouant, ou même contre un jugement rendu sur le consentement ou aveu; mais encore afin d'avertir tous les intéressés de défendre au désaveu, qu'ils ont le plus grand intérêt de faire échouer : car, s'il est jugé valable, les conséquences que l'on pouvait tirer du fait avoué ou du consentement donné sans pouvoir s'évanouissent; et de plus, les jugements, même en dernier ressort, fondés sur le fait avoué, ou les dispositions de ces jugements relatives aux chefs qui ont donné lieu au désaveu, sont déclarés annulés et comme non avenus, en vertu de l'art. 360 du Code de procédure, qui est de droit nouveau.

296. Autrefois, les juges qui déclaraient nulle la procédure désavouée, ne pouvaient déclarer nul le jugement intervenu sur cette procédure; il fallait le faire infirmer sur appel, s'il y était sujet; ou, s'il était en dernier ressort, le faire rétracter par la voie de la requête civile. L'article 34 du tit. 35 de l'ordonnance de 1667 mettait au nombre des ouvertures de requête civile le cas où l'on avait jugé sur des offres ou consentements dont le désaveu avait été jugé valable.

Maintenant, les juges qui déclarent nulle la procédure désavouée sont autorisés à déclarer en même temps nul le jugement qu'ils ont rendu sur cette procédure : c'est pour cela que l'art. 480 du Code de procédure ne met pas au nombre des ouvertures de requête civile le cas où l'on aurait jugé sur procédures dont le désaveu aurait été déclaré valable.

297. Si le jugement déclaré nul a été suivi d'un appel dont l'instance soit pendante, il faut revenir devant la cour royale, et y conclure à ce que, vu la nullité du jugement, il soit dit qu'il n'y a pas lieu à prononcer sur l'appel (1) qui en a été interjeté.

Il n'entre point dans notre plan de tracer la marche de la procédure en désaveu, ni de traiter les différentes questions auxquelles le désaveu peut donner lieu. Passons aux aveux faits par les avocats, sans pouvoir spécial de leurs clients.

298. A la différence des avoués, les avocats ne représentent point leurs clients; ils ne sont point leurs mandataires, mais leurs conseils et leurs patrons. Hors du barreau, les fonctions de l'avocat consistent à guider ses clients dans leurs transactions sociales, à les aider de ses lumières, etc.; au barreau, à développer leurs moyens de défense, soit de vive voix, dans les plaidoiries, soit par écrit, dans les écritures qu'il fait pour eux, et qu'ils s'approprient, en les faisant signifier par leurs avoués. Ce ne sont point là les fonctions d'un mandataire. Aussi, suivant une maxime très-ancienne en France, les avocats (2) ne peuvent être désavoués. Les avocats ne sont point assujettis, comme les avoués, à prendre des précautions contre le désaveu. Ils sont, de droit, présumés avoir exposé les faits suivant leurs connaissances et leurs lumières. S'ils se trompent, le client a son avoué pour redresser les erreurs qui leur sont échappées. Il suffit de les redresser verbalement ou par écrit, sans procédure en désaveu, mais aussi sans être obligé de prouver que l'aveu indiscret fait par l'avocat a été le fruit d'une erreur; car, par cela même que l'avocat n'est point le mandataire de son client, et qu'il ne peut être désavoué, les inexactitudes qui lui échappent dans l'exposé des faits n'ont jamais été tirées à conséquence; elles ne peuvent être considérées comme des aveux judiciaires capables de faire foi en justice, dans l'esprit du Code, puisque l'art. 1356 ne regarde comme tels que ceux qui sont faits par la partie ou *son fondé de pouvoir spécial*. Il suffit donc que les aveux de l'avocat soient rétractés par la partie ou son avoué, présent à l'audience; et, s'ils sont contenus dans un écrit, qu'ils soient désavoués par un autre écrit notifié à l'avoué de la partie adverse, en observant de le faire notifier le plus tôt possible : le retardement pourrait faire présumer que l'aveu a été fait du consentement de la partie (3).

299. Avant de terminer ce qui concerne les aveux judiciaires, remarquons ici qu'il ne faut pas prendre pour un aveu l'omission de répondre, ou le silence gardé par l'une des parties sur un fait allégué ou avancé par l'autre, soit à l'audience, soit dans ses écritures, même avec interpellation d'y répondre ou de le contester. On a des exemples de jugements motivés sur ce que tel fait a été avancé par une partie, et n'a pas été contesté par l'autre. Un pareil motif de décision est absolument contraire aux maximes du droit. C'est un principe général qu'on n'est tenu de répondre qu'aux interpellations faites par la justice. Si l'une des parties a intérêt que l'autre s'explique sur un fait, elle peut et doit provoquer l'interrogatoire sur faits et articles; autrement, l'autre peut garder le silence sur son interpellation, sans craindre qu'on en tire une conséquence fondée contre elle. Son

(1) *Voy.* Pigeau, *Procédure civile des tribunaux de France*, 5me édit., t. 1, *Procedure en désaveu.*

(2) *Voy.* arrêt du parlement de Bretagne, du 20 mars 1765, rapporté dans le tome 5 du *Journal du parlement de Bretagne*, p. 644. *Voyez* encore un arrêt rendu par le parlement de Paris, le 14 février 1759, rapporté dans le *Repertoire de jurisprudence*, v° *Avocat*, § 8, n° 2 (édit. Tarlier, t. 2, p. 281). Enfin, voy. la *Collection de jurisprudence* de Camus et Bayard, v° *Avocat.*

(3) *Voy.* Rolland, v° *Aveu*, nos 38 et 39.

silence ne peut, pas plus en bonne logique qu'en bonne jurisprudence, être considéré comme un aveu que comme un désaveu : *Qui tacet non utique fatetur ; verum est tamen eum non negare.* (L. 142, ff. *de regulis juris.*) Le fait reste donc incertain. Si le juge croit nécessaire de l'approfondir, il peut ordonner la comparution de la partie et l'interrogatoire d'office, sur le fait en question, comme il en a toujours le droit ; mais il manquerait à son devoir, si, regardant comme prouvé le fait sur lequel l'une des parties n'a pas répondu, quoique interpellée par l'autre, mais non par la justice, il motivait un jugement sur ce silence, qui ne peut être considéré comme une preuve (1).

300. Passons maintenant à l'aveu extrajudiciaire, qui est de deux sortes, écrit ou verbal.

Le Code ne s'est point occupé, dans la présente section, de l'aveu extrajudiciaire écrit, parce qu'il rentre dans la classe des preuves littérales, qui sont l'objet des sections 1 et 2.

301. Le Code ne contient qu'une seule disposition sur l'aveu extrajudiciaire verbal ; l'article 1355 porte : « L'allégation d'un aveu » extrajudiciaire *purement* verbal est inutile, » toutes les fois qu'il s'agit d'une demande dont » la preuve testimoniale ne serait pas admissi- » ble. »

Cette disposition paraît, on ne peut le dissimuler, inutile et oiseuse, après les dispositions des articles 1341 et suivants, sur la preuve testimoniale. On peut dire cependant que le but de l'art. 1355 a pu être de rejeter l'opinion de quelques anciens auteurs, qui pensaient que l'aveu extrajudiciaire ne pouvait être prouvé par témoins ; car, malgré la rédaction assez insignifiante de l'art. 1355, il résulte incontestablement de sa disposition que l'aveu extrajudiciaire verbal peut être prouvé par témoins, dans tous les cas où la preuve testimoniale est admise.

Telle est aussi la doctrine de Pothier, qui dit, n° 836 (2), que la confession extrajudiciaire peut se justifier par quelque écrit, *et par des témoins.*

Si l'aveu extrajudiciaire peut être prouvé par témoins, il s'ensuit qu'il peut former une preuve contre celui qui l'a fait ; car il serait absurde de penser que le Code permît de prouver par témoins un aveu qui ne saurait, en aucun cas, faire foi en justice (3).

302. Il est vrai qu'en suivant toujours la marche de Pothier, le Code énonce positivement que *l'aveu judiciaire fait pleine foi contre celui qui l'a fait,* et qu'il n'applique point ce principe à l'aveu extrajudiciaire.

Mais gardons-nous d'en conclure, *a contrario,* que l'aveu extrajudiciaire ne peut faire une preuve complète ; gardons-nous encore de cet argument trivial : *Qui dicit de uno negat de altero.* Ces faux raisonnements, qui n'ont jamais rien de concluant par eux-mêmes, doivent être bannis de l'école et du barreau, si l'on veut rendre à la jurisprudence toute sa pureté, et en faire, à l'exemple des jurisconsultes romains, une science raisonnable.

La timide réserve des rédacteurs du Code nous annonce seulement que, forcés de travailler avec trop de rapidité, ils n'ont pas eu le temps d'approfondir cette doctrine, pour en poser les principes fondamentaux avec les exceptions, et qu'ils ont prudemment abandonné ce soin aux jurisconsultes et aux magistrats.

Essayons de remplir notre tâche.

Qu'importe que le Code n'ait pas expressément énoncé, comme à l'égard de l'aveu judiciaire, le principe que l'aveu extrajudiciaire fait pleine foi contre celui qui l'a fait? N'avons-nous pas la raison et les jurisconsultes romains, qui en ont dicté les oracles? Nous l'avons déjà dit : l'aveu est un acte de la volonté de celui qui reconnaît la vérité d'un fait. Il est donc évidemment conforme à la raison que l'on puisse opposer cette reconnaissance à celui qui l'a faite librement et en connaissance de cause ; car comment pourrait il récuser son propre témoignage? *Stare eum oportet suæ confessioni... nimis enim indignum esse judicamus, quod sua quisque voce dilucide protestatus est, id in eumdem casum infirmare, testimonioque proprio resistere* (4).

Tel est le premier principe général et fondamental en matière d'aveux. Il est fondé sur la raison : *Fides enim contra se cuique habetur.* (L. 1, §§ 1 et 3, ff. *de interrogationibus in jure faciendis,* 11, 1.)

Ce principe n'est pas moins applicable aux aveux extrajudiciaires, écrits ou non écrits, qu'aux aveux judiciaires ; car ce n'est pas le lieu où il est fait, c'est la nature de l'aveu qui fait toute sa force ; c'est parce qu'il est fait avec ré-

---

(1) « Il est contre tout principe de regarder comme » avoué un fait qui est avancé par une partie, et sur » lequel l'autre partie ne s'explique pas. Le silence d'une » partie sur un fait avancé par l'autre ne peut être con- » sidéré ni comme aveu, ni comme désaveu de ce fait. » *Qui tacet non utique fatetur ; verum est tamen eum non* » *negare.* (L. 142, ff. *de reg. jur.*)

» Il en est autrement, sans doute, lorsqu'il s'agit d'un » fait avancé par forme d'interpellation judiciaire... Les » lois romaines et l'ordonnance de 1667 veulent qu'en ce » cas le refus ou le défaut de répondre tienne lieu » d'aveu formel.

» Mais, hors ce cas, la règle de droit que nous ve- » nons de citer conserve tout son empire, et l'on sent » que rien n'est plus raisonnable. » Merlin, *Questions de droit,* v[is] *Monnaie décimale* et *Faux ;* et *Répertoire,* v° *Partage ;* Quest., v° *Terrage ;* et Duranton, t. 7 (XIII, éd. fr.), n° 552.

(2) Edit. Tarlier, t. 1, p. 252.

(3) Duranton, t. 7 (XIII, éd. fr.), n° 537 ; Rolland, n° 14.

(4) L. 25, § *ult.*, ff. *de probat.*, 22, 3 ; L. 13, Cod., *de non numerata pecunia,* 4, 30.

flexion et en connaissance de cause, qu'il forme une preuve contre celui qui l'a fait. Les aveux judiciaires proprement dits sont toujours faits avec réflexion, quoiqu'ils puissent être la suite d'une erreur. Quant aux aveux extrajudiciaires, surtout ceux qui ne sont faits que verbalement, ils peuvent être faits par légèreté et sans réflexion : en un mot, sans cette maturité qui peut seule leur donner du poids. C'est en cela que consiste la difficulté. On n'en peut juger que par les circonstances, par le caractère connu de celui qui a fait l'aveu, et autres considérations que la loi ne peut prévoir (1).

303. Cependant, il y a une distinction importante qu'ont faite les docteurs, et notamment Dumoulin (2), entre ceux qui sont faits en présence de la personne, ou à la personne même qui peut en tirer avantage, et ceux qui sont faits à des tiers hors de sa présence. Si, par exemple, un débiteur, en présence de témoins dignes de foi, fait à son créancier l'aveu qu'il lui doit une somme de 150 fr., en ajoutant qu'il le prie de lui accorder un délai, qui peut douter qu'un pareil aveu ne fasse une preuve complète contre celui qui l'a fait?

304. Les docteurs pensaient même qu'en ce cas il n'était pas nécessaire que l'aveu fût accepté par le créancier d'une manière expresse, et que sa présence seule faisait présumer l'acceptation, comme dans un acte écrit, ce qui ne paraît pas douteux ; mais ils exigeaient que l'aveu verbal énonçât formellement la cause de la dette, par exemple, si elle provenait d'un prêt, d'un dépôt, d'une vente, etc., sans quoi l'aveu fait à la personne, ou en la présence du créancier, ne formait pas une preuve complète, mais une simple présomption, laquelle cependant pouvait être corroborée par le serment supplétoire, selon Dumoulin (3).

L'opinion des docteurs, en ce point, était fondée sur ce qu'en droit romain le billet même écrit par lequel le débiteur reconnaissait la dette ne formait point une preuve suffisante, si la cause n'y était énoncée. L. 25, § *ult.*, ff. *de probat.*, 22, 3.) Mais cette loi étant abrogée par l'art. 1132 du Code, qui porte que la convention n'en est pas moins valable, quoique la cause n'en soit pas exprimée, il faut dire, par identité de raison, que la reconnaissance verbale, faite en présence du créancier, n'en forme pas moins une preuve complète contre celui qui l'a faite, à moins qu'il ne puisse prouver que l'aveu est la suite d'une erreur de fait. Il ne pourrait révoquer son aveu sans preuve.

305. Quant à l'aveu extrajudiciaire purement verbal, fait à des tiers en l'absence de la personne qui pouvait en tirer avantage, il n'a point le même poids, la même autorité que l'aveu fait en sa présence. Son absence fait assez naturellement présumer que l'avouant n'a point voulu lui conférer un titre ou une preuve de créance. Il peut être le fruit de l'inconsidération, de la légèreté, un mensonge controuvé pour avoir un prétexte de refuser ou d'écarter des emprunteurs. On n'a donc jamais donné à de pareils aveux la force d'une preuve complète ; mais joints à des commencements de preuve déjà acquis, et à d'autres présomptions, ils peuvent suffire pour déterminer une condamnation (4) dans les cas où la preuve testimoniale est recevable, ou pour déférer, suivant les circonstances, le serment supplétif au défendeur, en supposant toujours l'aveu bien constaté (5).

306. Nous avons déjà dit que le Code ne s'est point, dans la présente section, occupé des aveux consignés dans un écrit quelconque, parce qu'ils rentrent dans la classe des preuves littérales, qui sont l'objet des sections 1 et 2.

En effet, si l'on ne trouve pas, dans ces sections, de disposition particulière qui énonce formellement le principe fondamental que l'aveu fait avec réflexion, et en connaissance de cause, forme contre celui qui l'a fait une preuve complète, *fides contra se cuique habetur*, ce principe résulte clairement de la disposition des articles 1320 et 1322, qui porte que « *l'acte*, soit authentique, soit sous seing privé, fait foi entre les parties, même de ce qui n'y est exprimé qu'en termes énonciatifs. »

Ainsi, tout acte qui contient un aveu quelconque fait foi contre celui qui l'a souscrit librement.

307. Il n'est pas nécessaire de répéter ici ce que nous avons dit ailleurs plusieurs fois, que l'acte est l'écrit qui contient une convention ou un fait, *id quod actum est*. Ainsi donc, suivant le Code, tout écrit qui contient l'aveu d'un fait ou d'une dette fait foi contre celui qui l'a souscrit, même quoique l'acte n'ait pas été passé exprès pour former une preuve du fait avoué. Ainsi, par exemple, une lettre missive, adressée au créancier, et par laquelle le débiteur lui demande un délai pour payer la somme de 300 fr. qu'il lui doit, fait une preuve complète contre le débiteur qui l'a souscrite, parce qu'elle contient l'aveu de la dette. Il en serait de même si la lettre était écrite à un tiers, avec charge ou permission de la communiquer au créancier.

Si la lettre qui contient l'aveu était adressée à un tiers, non chargé de la communiquer, il est

(1) *Sic* Liége, 28 novembre 1814, et Liége, cass., 6 juillet et 21 décembre 1825 (*Pasicrisie belge*, à cette date). Pothier, *Oblig.*, nos 802 et 834.

(2) Sur la loi 3, Cod., *de rebus cred. et jurejur.*

(3) *Voy.* son *Commentaire* sur la loi 3, Cod., *de rebus credit. et jurejur.*, t. 3 de ses OEuvres, p. 633 et 634.

Voy. Pothier, no 798; Duranton, t. 7 (XIII, éd. fr.), no 551 ; Rolland, no 45.

(4) *Voy.* Voet, liv. 2, tit. 1, no 8.

(5) Duranton, t. 7 (XIII, éd. fr.), nos 538 à 542 ; Rolland, vo *Aveu*, nos 15 et suiv. ; Dalloz, no 49. *Voyez* Pothier, no 804.

évident qu'elle aurait moins de force, et que le débiteur pourrait rétracter ou révoquer l'aveu qu'il y aurait fait, sans être tenu de prouver que cet aveu était la suite d'une erreur ; mais si le tiers qui avait reçu la lettre l'avait remise au créancier, et que celui-ci eût déclaré l'accepter et vouloir profiter de l'aveu, il nous paraît, par argument de l'art. 1121, que le souscripteur de la lettre ne pourrait plus révoquer son aveu qu'en prouvant qu'il a été la suite d'une erreur (1).

308. Car, en matière d'aveu, c'est un second principe dicté par la raison, que si celui qui a fait l'aveu découvre qu'il s'est trompé, il doit être admis à faire la preuve de son erreur, et que, s'il y parvient, sa reconnaissance s'évanouit et perd toute sa force. Il en est de l'aveu comme du consentement; s'il est fondé sur l'erreur, ce n'est point un consentement, ce n'est point un aveu : *Non videntur qui errant consentire.* (L. 116, ff. *de reg. jur.*) *Non fatetur qui errat.* (L. 2, ff. *de confessis*, 42, 2.)

309. Mais c'est à celui qui a fait l'aveu de prouver son erreur; et ses preuves doivent être claires, évidentes : *evidentissimis probationibus, per aperta rerum argumenta*; car, dans le doute, l'erreur préjudicie à celui qui l'a commise : *In dubio, nocet error erranti.*

Les lois exigent même que les preuves en soient décrites (2), si l'aveu a été consigné par écrit.

310. Il faut encore remarquer que la loi exige que l'aveu soit la suite d'une erreur de fait, et non pas d'une erreur de droit. La preuve de l'erreur de fait est toujours admissible; mais l'allégation d'une erreur de droit, pour détruire la force d'un aveu, n'est qu'un prétexte aux yeux de la loi. L'aveu ne peut donc *être révoqué sous prétexte d'une erreur de droit*, dit l'article 1356 du Code, conforme en ce point à la loi 2, ff. *de confessis.* Après avoir établi que celui qui se trompe n'avoue pas, *non fatetur qui errat*, cette loi ajoute : *nisi jus ignoravit.*

C'est ici une exception au principe que l'erreur de droit annule le consentement aussi bien que l'erreur de fait. Nous avons donné la raison de cette exception, tome 3 (VI, éd. fr.), n° 74; c'est qu'il n'y a que l'erreur sur le motif déterminant qui annule le consentement, et qu'il est impossible de prouver que l'erreur de droit a été le motif déterminant de l'aveu.

Un aveu peut avoir eu pour objet un fait ou une dette, dont la preuve n'existait pas ou était douteuse. Or il est évident que l'aveu d'un fait ne peut être rétracté qu'en prouvant qu'il est faux, et par conséquent que l'aveu est fondé sur une erreur de fait; car l'erreur de droit ne peut avoir d'influence sur la réalité d'un fait.

Il en est autrement de l'aveu d'une dette fait par le débiteur.

Cet aveu peut avoir pour motif une erreur de fait ou une erreur de droit.

Vous me demandez une somme de 1,200 fr., que vous prétendez due par la succession de mon père, et vous produisez en preuve la lettre par laquelle il priait le vôtre de lui prêter cette somme. Je reconnais l'écriture et j'avoue la dette. Mon aveu imprudent fait contre moi une preuve complète, qui n'existait pas auparavant. Je trouve la réponse de votre père, contenant qu'il ne peut prêter la somme demandée. Cette réponse anéantit mon aveu, en prouvant qu'il n'a eu pour cause qu'une erreur de fait : *Non fatetur qui errat.*

Voici une espèce qui nous donne l'exemple d'une erreur de fait et d'une erreur de droit :

Je suis héritier de Caïus, et vous réclamez une somme qu'il vous a léguée par son testament. Je reconnais vous devoir cette somme : mais, depuis ma reconnaissance, je découvre un second testament portant révocation du premier. Je puis révoquer ma reconnaissance ou mon aveu, qui n'était fondé que sur l'ignorance d'un fait.

Si, au lieu d'une révocation qui m'était inconnue, je prétends rétracter mon aveu, en alléguant que j'ignorais que le testament était nul,

---

(1) Duranton, n° 525; Rolland, v° *Aveu*, n° 7; et Dalloz, n°s 43, 44, 45, 46.

(2) Voici le texte de la loi 13, Cod., *de non numer. pecun.*, 4, 30 :

« Generaliter sancimus, ut si quid scriptis cautum » fuerit, pro quibuscumque pecuniis ex antecedente causa » descendentibus, eamque causam specialiter promissor » eduxerit, non jam ei licentia sit, causæ probationem » stipulatorem exigere, cum suis confessionibus ac» quiescere debeat : nisi certe ipse a contrario per aper» tissima rerum argumenta scriptis inserta religionem » judicis possit instruere, quod in alium quemquam » modum, et non in eum quem, cautio perhibet, nego» tium subsecutum sit. Nimis enim indignum esse judi» camus, quod sua quisque voce dilucide protestatus » est, id in eumdem casum infirmare, testimonioque pro» prio resistere. »

Voici l'espèce de cette loi, suivant la glose :

Je reconnais ou j'avoue vous devoir 3,000 francs, que mon père vous a légués par son testament. C'est un acte récognitif. Vous demandez cette somme en vertu de ma reconnaissance. Puis-je exiger la preuve que mon père vous a réellement légué cette somme, et vous demander la représentation du testament ?

Non : ce serait une indignité de revenir contre l'aveu libre et volontaire que j'ai fait, et de m'élever contre mon propre témoignage. Il faut donc que je paye, à moins que je ne puisse prouver par écrit qu'il est faux que mon père vous ait légué cette somme; par exemple, en produisant son testament, par lequel il ne vous a rien légué, ou ne vous a légué que 1,000 francs, ou bien en représentant un second testament qui révoque le premier. Alors, il sera prouvé que mon aveu était la suite d'une erreur de fait.

Voyez encore la loi 25, § *ult.*, ff. *de probat.*, 22, 3.

« Stare oportet suæ confessioni; nisi evidentissimis » probationibus in scriptis habitis, ostendere paratus » sit, sese hæc indebite promisisse. »

soit par l'incapacité du testateur ou du légataire, soit par vice de forme, je ne dois pas être écouté; car il est possible que ma reconnaissance ou mon aveu ait eu pour cause l'intention d'honorer la mémoire de mon père (1) en exécutant ses dernières volontés qui me sont bien connues, quoique consignées en un acte nul. C'est une action ordinairement louable, souvent prescrite par la délicatesse. Il n'est donc pas prouvé que mon aveu soit le fruit d'une erreur de droit, et, dans le doute, l'erreur nuit à celui qui s'est trompé : *In dubio, error nocet erranti.*

Dans ce cas et autres semblables, il est impossible de prouver que mon aveu n'était fondé que sur une erreur de droit, et, par conséquent, il ne peut être révoqué. C'est sur l'impossibilité de faire cette preuve qu'est fondée la maxime que l'aveu ne peut être révoqué, comme le dit énergiquement l'art. 1356, *sous prétexte* d'une erreur de droit (2).

311. Cependant, si l'on pouvait prouver que l'erreur de droit a été causée par le dol de l'adversaire, *si dolus dederit causam confessioni,* nul doute que la preuve d'un pareil dol ne fût admise, même par témoins.

312. Puisque c'est à celui qui s'est trompé de prouver son erreur, le créancier qui a en sa faveur un aveu écrit ou une reconnaissance du débiteur est dispensé de toute autre preuve. C'est un principe très-anciennement observé dans notre jurisprudence française, et Guipape, *décis.* 272, atteste l'avoir vu plus de cent fois suivi par les tribunaux. Il est professé par Dumoulin, qui l'appuie sur les lois romaines ci-dessus citées (3).

Duparc-Poullain, l'un des derniers auteurs qui aient écrit avant la révolution, atteste aussi dans ses principes, tome 9, p. 424, que la confession extrajudiciaire fait une preuve entière, tandis que *la partie ne prouve pas la surprise ou l'erreur*, comme dans les contrats.

Enfin, le Code civil a suivi cette maxime de raison, dans l'art. 695, qui porte : « Le titre » constitutif de la servitude, à l'égard de celles » qui ne peuvent s'acquérir par la prescription, » ne peut être *remplacé que par un titre réco-* » *gnitif* de la servitude, émané du propriétaire » du fonds asservi. »

Si le titre récognitif *remplace* le titre *constitutif,* il fait pleine foi en faveur de celui qui l'a reçu. Il n'est donc plus obligé de représenter le titre constitutif. C'est une conséquence du principe général établi dans l'art. 1320 : « L'acte, » soit authentique, soit sous seing privé, fait foi » entre les parties, même de ce qui n'y est ex- » primé qu'en termes énonciatifs. »

La relation, même par simple énonciation, du titre constitutif, dans l'acte récognitif, fait foi entre les parties non-seulement que le titre référé existe ou a existé, mais encore qu'il contient la constitution d'une servitude de passage sur le fonds Cornélien, puisque ce titre est référé comme la cause et le motif de la reconnaissance de cette servitude.

« Je reconnais qu'il vous est dû une servitude » de passage à toute occurrence sur le fonds » Cornélien, suivant l'acte constitutif consenti » par mon père, sous seing privé, le 1er jan- » vier 1780. »

Cet acte contient clairement la preuve de trois choses :

1° Qu'il a existé ou qu'il existe un titre consenti par mon père, le 1er janvier 1780;

2° Que ce titre contient la constitution d'une servitude sur le fonds Cornélien;

3° Que, par ce motif, j'ai consenti à vous la laisser exercer à l'avenir comme par le passé.

Il est clair qu'on ne peut rien exiger de plus du créancier de la servitude, que la preuve de ces trois points. Il n'est plus obligé de représenter le titre constitutif ou primordial, qui est *remplacé* par l'acte récognitif.

Le débiteur prétendrait-il qu'il s'est trompé ou qu'il a été trompé? que l'acte primordial du 1er janvier 1780 n'a jamais existé, ou qu'il ne contient point la constitution d'une servitude à toute occurrence, mais seulement à pied? en un mot, que l'acte récognitif a été donné par erreur, surpris par dol ou extorqué par violence? Cela n'est pas impossible; mais c'est à lui de le prouver, comme à l'égard de tous les autres contrats, *evidentissimis probationibus,* disent les lois romaines ; et tandis qu'il ne fera point cette preuve, sa reconnaissance fera pleine foi contre lui, même de ce qui n'y est contenu qu'en termes énonciatifs. (Art. 1320.)

313. C'est donc avec surprise qu'on lit dans l'art. 1337 que « les actes récognitifs ne dis- » pensent point de la représentation du titre » primordial, à moins que sa teneur n'y soit » spécialement relatée. »

La surprise redouble, quand on vient à réfléchir que cet article, si évidemment inconciliable avec les principes de sagesse établis pour la garantie des transactions sociales, si formellement en contradiction avec les art. 695 et 1320, est absolument de droit nouveau, ainsi que le reconnaît formellement la cour de cassation,

(1) L. 20, § 1, ff. *de donat.*, 39, 3.

« De illo dubitari potest, qui, quod per Falcidiam » retinere poterat, voluntatem testatoris secutus spo- » pondit se daturum : sed magis est, ut non possit suæ » confessioni obviare. Quemadmodum enim, si solvisset, » fidem testatoris suo adimplesse videbatur, et nulla ei » repetitio concessa fuerat; ita et stipulatione præce- » dente contra fidem testatoris quam agnovit venienti ei » merito occurretur. »

Voy. Bynkershoek, *Obs.*, liv. 7, obs. 17.

(2) Duranton, t. 7 (XIII, éd. fr.), n° 339.

(3) *Junge* Raviot et les auteurs cités dans les *Quest. de droit* de Merlin, v° *Terrage*, § 1er; Duranton, t. 7 (XIII, éd. fr.), n° 356; Dalloz, v° *Aveu*, n° 128.

dans un arrêt du 24 vendémiaire an XIII (1), dont l'un des considérants porte : « Attendu » que les mêmes juges n'ont violé aucune loi, » en décidant qu'une seule reconnaissance suf- » fisait pour établir une rente, puisque *avant le » Code civil*, auquel le jugement attaqué est » antérieur, *il n'existait point de loi qui eût dé- » cidé le contraire*, etc. »

314. Comment donc une innovation si contraire aux vrais principes, et aux art. 695 et 1320, qui les ont consacrés, une innovation, enfin, contre laquelle se sont prononcés, sans exception, tous les jurisconsultes qui ont écrit sur le Code, même Malleville, l'un des commissaires rédacteurs, a-t-elle pu s'introduire dans l'art. 1337?

Comment? Par une erreur manifeste dans laquelle est tombé le célèbre Pothier, qui a, dans ce point, égaré les rédacteurs du Code.

Quand on a le courage d'annoncer qu'un jurisconsulte aussi supérieur que Pothier a commis une erreur grave, on n'a pas le droit d'être cru sur parole; il faut le démontrer. Nous allons tâcher de le faire, en demandant pardon à nos lecteurs des détails où nous sommes forcé d'entrer pour remonter à l'origine de l'erreur que nous combattons.

315. Pour avancer plus rapidement dans l'ouvrage immense qui a immortalisé leurs noms, les commissaires s'en partagèrent la rédaction. Ce ne fut point le même homme qui rédigea le titre *des Servitudes* et celui *des Obligations conventionnelles*. Nous devons certainement une éternelle reconnaissance au savant rédacteur de ce dernier titre; mais n'ayant pas le temps d'approfondir toutes les doctrines sur cette matière si belle et si étendue, il choisit pour guide l'excellent *Traité des Obligations* de Pothier, devenu classique depuis longtemps. Il était difficile de prendre un meilleur guide. Cependant, malgré ses profondes connaissances, il est échappé à cet illustre auteur quelques erreurs, *quas humana parum cavit natura*. L'une de ces erreurs est d'avoir appliqué aux actes récognitifs, en général et sans distinction, les faux principes des canonistes sur les actes de confirmation donnés par les papes, les souverains, les princes, barons et autres grands seigneurs, quoique la nature de ces actes de confirmation diffère totalement de celle des actes récognitifs. En faisant cette application, Pothier croyait suivre l'autorité de Dumoulin, le prince de nos jurisconsultes français, et c'est en cela qu'il s'est trompé.

316. Il est bien vrai qu'entraîné par son siècle, Dumoulin, dans son Commentaire sur le § 5, aujourd'hui l'art. 8 de la coutume de Paris, suivit, sans examen, la doctrine des canonistes sur la confirmation; mais il n'en fit l'application qu'aux actes de rénovation des investitures données par les seigneurs, c'est-à-dire aux rénovations des concessions de fief, inféodation ou féages concédés par les seigneurs; rénovations qui étaient en effet des confirmations, dans le sens des canonistes.

317. Quant aux actes récognitifs, dont la nature est toute différente, Dumoulin enseigna constamment, dans plusieurs endroits de ses ouvrages, qu'ils font une preuve complète contre ceux qui les ont donnés, sauf à eux de prouver les erreurs qui pouvaient s'y être glissées.

Mais après avoir établi ce principe, cité Guipape et autres auteurs à l'appui de cette doctrine, il ajoute immédiatement après, qu'il en est autrement des confirmations : *Secus de confirmationibus.*

318. Tâchons donc d'expliquer la nature des actes de confirmation, et nous verrons combien leur nature diffère de celle des actes récognitifs.

La confirmation, suivant les canonistes, est l'acte par lequel un supérieur légitime *corrobore* un droit précédemment concédé par lui, ou par ses prédécesseurs, à un inférieur.

L'approbation ou la rénovation d'un acte précédent, faite par un inférieur ou par un égal, en faveur du créancier d'un droit quelconque, n'est pas une confirmation (2) dans le sens des canonistes, mais une reconnaissance. Il y a donc une grande différence entre un acte de confirmation et un acte de reconnaissance, ou titre récognitif. L'un est la rénovation de la concession; c'est le donateur, le concédant, ou ses successeurs, qui confirment la donation ou la concession; l'autre est la rénovation que donne le concessionnaire de l'acte primitif, par lequel il s'est soumis à tel droit envers le concédant.

319. Mais si la concession primitive est faite par un supérieur légitime, *ab habente potestatem*, a-t-elle donc besoin d'être confirmée par lui ou par ses successeurs? Non certes, si l'on n'écoute que la raison; mais le pouvoir absolu la consulte-t-il? Ce tyran d'exécrable mémoire, Tibère, prétendit et décida qu'en montant sur le trône, les Césars n'étaient point obligés de maintenir les priviléges accordés par leurs prédécesseurs, à moins qu'ils ne fussent confirmés par les successeurs de ceux qui les avaient accordés; confirmation qui, sans doute, ne se donnait point gratuitement.

Le bon empereur Titus, l'amour et les délices du genre humain, proscrivit cette odieuse et injuste institution. Il confirma, par un édit

---

(1) Rapporté dans les *Questions de droit* de Merlin.

(2) Tous les canonistes sont d'accord sur ce point. « Confirmatio fieri debet per legitimum superiorem, » dit Pirrhing, in tit. 10, *de confirmatione utili vel inutili*, lib. 2, tit. 30. Gonzalez, in cap. 2, 10, *ibid.*, n° 4.

général, toutes les concessions qu'avaient faites les empereurs qui l'avaient précédé, et ne permit pas qu'on lui en demandât la confirmation (1).

520. La cour de Rome préféra les principes de Tibère. Les papes se regardèrent comme des successeurs à titre singulier, qui n'étaient point liés par les concessions de leurs prédécesseurs. Non-seulement ils exigèrent qu'on leur en demandât la confirmation, mais ce que n'avaient pensé ni Tibère, ni les tyrans qui le suivirent, ils ne se crurent pas liés par leur propre confirmation, à moins qu'elle n'eût été donnée en pleine connaissance de cause.

521. Les canonistes imaginèrent donc deux espèces de confirmations :

La confirmation simple, appelée par les canonistes *in forma communi, vel ordinaria ;*

La confirmation appelée en forme spéciale, ou en connaissance de cause, *in forma speciali, seu ex certa scientia.*

La première n'ajoutait rien à la force ni à l'efficacité de la concession confirmée, et ne dispensait point l'impétrant ni ses successeurs d'en prouver la validité, ni, par conséquent, de représenter le titre primitif.

La seconde étant faite en connaissance de cause par celui qui avait le pouvoir, non-seulement de confirmer la concession, mais encore de la faire, si elle n'avait pas été précédemment faite, était irréfragable, et dispensait, par conséquent, de représenter le titre primordial ou primitif de la concession confirmée. Il suffisait de produire le titre de confirmation en bonne forme.

522. Mais quand la confirmation était-elle *in forma communi?*

Quand était-elle *in forma speciali, seu ex certa scientia?*

Les plus habiles canonistes cités par Suarez, dans son Traité *de Legibus* (2), reconnaissaient et posaient en principe que le mot *confirmer*, pris dans son sens propre et naturel, signifie corroborer ce qui n'était pas valide, *confirmare quidquid infirmum erat*, et qu'ainsi, lorsque le prince dit simplement : *Je confirme*, son intention est que la confirmation soit parfaite, *censetur perfecte confirmare*, indépendamment des nullités qui pouvaient exister dans la concession primitive, et qu'une telle confirmation ayant tout ce que peut avoir une confirmation *in forma speciali*, elle est irréfragable; d'où il résulte que, pour être censée faite *in forma communi*, il faut que l'acte de confirmation contienne quelque addition qui restreigne et adoucisse la force et la propriété du mot *confirmer : Oportet ut per aliquam additionem restringatur et quasi leniatur proprietas verbi confirmandi.*

523. Mais les lettres de confirmation contenaient toujours la clause, *comme l'ont fait mes prédécesseurs : Prout, sicut a prædecessoribus nostris provide factum est, ita et nos confirmamus.*

524. C'est au moyen de l'interprétation de ces clauses que les canonistes éludèrent la conséquence qui résulte du sens propre et naturel de ce mot, *confirmer*. Ils prétendirent que l'addition de cette clause, *sicut, prout factum est a prædecessoribus nostris*, pouvait restreindre ou modifier le sens du mot *confirmer*, parce que ces propositions, *prout, sicut*, etc., pouvaient être mises *conditionaliter*, pour employer ici leurs expressions; ou *causaliter*, c'est-à-dire, qu'elles peuvent être mises pour former une condition de la confirmation, ou pour indiquer seulement la cause ou le motif. Je confirme, *si* mes prédécesseurs ont concédé; je confirme parce que mes prédécesseurs ont concédé; ce qui est très-différent: car, si la confirmation est conditionnelle, c'est à l'impétrant de prouver l'existence de la condition, en produisant les lettres primitives de concession en bonne forme; ce qu'il n'est point obligé de faire, si la confirmation faite par celui qui avait le pouvoir de concéder, *ab habente potestatem*, est faite sans condition, et si la clause, *prout, sicut a prædecessoribus*, n'est mise que pour exprimer la cause ou le motif de la confirmation.

Il est vrai que si une clause est équivoque, elle doit être entendue dans le sens le plus favorable à l'impétrant, selon la grande règle d'interprétation suivie en cette matière, tant en droit romain qu'en droit canonique : *Beneficium imperatoris, quod a divina ejus indulgentia proficiscitur, quam plenissime interpretari debemus.* (L. 3, ff. *de const. principum*, I, 4.)

525. Les canonistes écartèrent cette règle raisonnable d'interprétation, par la maxime que personne n'est présumé donner. Ils en conclurent que celui qui confirme n'est pas censé avoir

(1) C'est ce que nous apprend Suétone, dans la Vie de Titus Vespasianus Augustus, cap. 8 :

« Natura autem benevolentissimus, cum ex instituto » Tiberii omnes dehinc Cæsares, beneficia a superiori» bus concessa principibus, aliter rata non haberent, » quam si eadem, iisdem et ipsi dedissent, primus præ» terita omnia uno confirmavit edicto, nec a se peti » passus est »

(2) Lib. 8, cap. 18, nº 4. Voici comment il s'explique :

« Quidam putant necessarium esse ut in forma con» firmationis addatur verbum aliquod, quo declaretur » dari confirmationem eorum quæ gesta sunt, ut si » dicat pontifex : Confirmo privilegium prout factum » est, vel prout est in usu, etc. : nam si absolute » et sine addito confirmat, censetur perfecte confir» mare.

» Ratio adjungi potest, quia si princeps dicat abso» lute : Confirmo, simpliciter vult confirmare quiquid » infirmum erat, et ita talis confirmatio habebit omnia » quæ potest habere in forma speciali. Ergo, ut sit in » forma communi, oportet ut per aliquam disposi» tionem adstringatur et quasi leniatur proprietas verbi » confirmandi. »

l'intention de donner ou de faire une concession : *Qui confirmat nihil dat;* et par une conséquence ultérieure, que toute confirmation est censée faite *in forma communi* (1), c'est-à-dire, conditionnellement, sans connaissance de cause, si l'on n'y trouve pas un indice, un signe constant qu'elle a été faite *in forma speciali.*

Omnis confirmatio censetur facta in forma communi et ordinaria, nisi aliquod signum apponatur, ex quo constet factum esse in forma speciali. (Suarez, *de Legibus,* lib. 8, cap. 18 ; Pirrhing, in tit. *de confirmatione inutil.*, X, 2, 30.)

Tel est le principe que les canonistes nous donnent unanimement comme fondamental en cette matière.

526. Mais à quel signe reconnaître que la confirmation a été faite *in forma speciali?* Sur cela, les canonistes n'étaient pas d'accord.

C'était, suivant les plus raisonnables, lorsque les lettres contenaient la clause *ex certa scientia,* ou bien *ex plenitudine potestatis,* parce que, dit fort bien Suarez, n° 6, on doit, au premier cas, en croire le prince, qui affirme qu'il confirme en connaissance de cause, *quia cum per tale verbum, ex certa scientia, princeps affirmet se ita confirmare, illi credendum est*, et que, dans le second cas, le prince ou le souverain pontife déclare qu'il use de son autorité, pour faire un acte au-dessus du droit ordinaire: *quia per hanc clausulam significat se velle pontifex operari non tantum secundum commune jus, sed etiam supra, vel contra ordinarium.*

Mais d'autres canonistes, ne trouvant pas cette opinion assez favorable aux souverains pontifes, enseignèrent que ces clauses, pouvant n'être que de style, ne suffisaient pas pour en conclure que la confirmation avait été faite en connaissance de cause, *in forma speciali*, et comme ils étaient en plus grand nombre, leur doctrine devint, comme disent les docteurs, l'opinion commune (2). Elle forma la jurisprudence de la cour de Rome et de ses tribunaux. Elle fut reçue dans la cour et dans les tribunaux de tous les princes souverains, des barons, des grands seigneurs et même des petits seigneurs de fiefs, qui avaient aussi leurs petites cours, leurs petites juridictions, leurs petits officiers.

On ne reconnut plus pour faits *in forma speciali* que les actes de confirmation où se trouvait insérée toute la teneur des lettres de la concession primitive, parce qu'alors, étant certain que le prince a été suffisamment instruit de toute l'affaire, en donnant sa confirmation, la clause *prout*, *sicut provide factum est*, ne peut plus être entendue dans un sens conditionnel, mais dans un sens absolu ou confirmatif, et comme énonçant la cause, le motif de la confirmation : Je confirme, parce qu'il est constaté que mes prédécesseurs ont concédé (3).

Telle était donc la doctrine des canonistes et des docteurs : si toute la teneur du titre de la concession primitive n'est pas insérée dans l'acte de confirmation, elle ne dispense point de le représenter.

527. Cette doctrine était si généralement répandue et tellement enracinée, que personne n'eût osé la soumettre à l'examen de la raison : on n'y songeait même pas. Dumoulin la professa donc dans son Commentaire sur la coutume de Paris; mais il en limita expressément l'application aux confirmations ou rénovations des investitures féodales, c'est-à-dire, des premières concessions faites par le seigneur à son vassal, que nous appelons *inféodations*, et en Bretagne *afféagements* ou *féages;* et il enseigna positivement que cette doctrine n'est pas applicable aux actes récognitifs ou reconnaissances faites par le vassal, ou par les débiteurs des rentes, soit féodales, soit hypothécaires ou constituées.

La nature des investitures et des confirmations ou rénovations d'investitures est, en effet, très-différente de celle des actes récognitifs. Les investitures ou les féages, dans le sens du droit féodal, étaient de véritables libéralités, des donations faites par un supérieur à un inférieur. C'était donc un supérieur seul qui pouvait les confirmer ou les corroborer; aussi les canonistes posent-ils en principe que la confirmation doit être faite par un supérieur légitime, et que celles que font les particuliers ne sont que des approbations qu'on ne peut appeler *confirmations:*

---

(1) Il est curieux de voir sur quels sophismes les canonistes fondaient ce principe : La confirmation, dit Pirrhing, suppose l'existence de la chose confirmée, puisqu'elle en est un accident, et qu'un non-être ne peut avoir ni accidents, ni qualités. Il n'y a point de confirmation sans sujet subsistant par soi-même, *sine subjecto per se subsistente.*

Suarez avait dit avant lui que la confirmation suppose l'existence de l'acte confirmé, car ce qui n'est rien ne peut être confirmé : *Quod enim nihil est confirmari non potest.* La confirmation est donc, dit-il, un accessoire de l'acte de concession primordiale. Or l'accessoire ne peut subsister, si l'acte principal n'existe pas lui-même.

Sans doute, la confirmation suppose un acte de concession quelconque valide ou non, il n'importe. Comme le reconnait Suarez lui-même, dans son sens propre et naturel, le mot *confirmer* signifie *corroborer* ce qui n'était pas valide, *confirmare quidquid infirmum erat.*

(2) Quoique réellement elle fût très-injurieuse aux souverains pontifes et aux princes, puisqu'elle supposait qu'ils étaient toujours censés agir légèrement et sans connaissance de cause.

(3) « Si in instrumento confirmationis inseritur totus tenor prioris privilegii... constat principem, re tota sufficienter intellecta, suam auctoritatem adhibuisse... et ratio est perspicua, quia quando tenor inseritur, jam non est necessaria conditio, cum de re tota constat, et ideo verba illa (*vult prout*, etc.) non possunt habere commodum sensum conditionalem, sed absolutum, seu affirmativum, seu causalem : videlicet : Confirmo hæc, quia constat mihi esse provide factum. »

Confirmatio fieri debet per legitimum superiorem, dit Pirrhing; *quæ a privatis fiunt, approbationes potius quam confirmationes dici possunt.*

La reconnaissance, ou l'acte récognitif, est l'aveu ou la confession d'une dette, que le débiteur fait à son créancier, pour lui servir de preuve.

Or le seigneur n'était point le débiteur de son vassal; il était son bienfaiteur. En confirmant ou corroborant la donation ou concession faite par ses prédécesseurs, il ne se rendait pas son débiteur.

Le vassal, au contraire, par l'*aveu* qu'il rendait à son seigneur, se reconnaissait son débiteur des rentes et des autres droits que le seigneur s'était réservés.

328. La nature des actes de confirmation et celle des actes récognitifs étaient donc réellement très-différentes; aussi Dumoulin eut grand soin de les distinguer et de ne pas les confondre, dans son Commentaire sur le § 8 (1) de la coutume de Paris. Il demande, n° 84, si l'acte de la dernière rénovation d'investiture prouve l'existence de l'investiture ou concession primordiale, sans qu'il soit besoin de la présenter.

Il répond affirmativement, parce que cet acte est un véritable original, et non la copie d'un autre acte.

Il en conclut qu'un acte de rénovation ou de confirmation ainsi conçu : Nous concédons tel fief comme l'a concédé notre prédécesseur, *sicut prædecessor noster tale feudum concessit, ita et nos concedimus*, prouve complétement et suffisamment l'investiture ou concession originaire du fief, lors même qu'elle ne serait pas représentée.

Voilà la règle générale nettement posée.

Il l'établit, n° 85, sur ce que ces mots, *sicut, prout*, etc., ne forment point une condition, et ne font qu'exprimer la cause de la rénovation ou confirmation, qui n'est pas conditionnelle, mais pure et efficace, quand même la cause à laquelle se rapportent ces expressions ne serait pas autrement justifiée.

Il ajoute, n° 86, que si le vassal a accepté un pareil acte de rénovation, et reconnu par là ce qui s'y trouve contenu et spécifié, cette reconnaissance fait preuve contre lui; et que s'il prétendait qu'il n'est point assujetti aux droits spécifiés, et que ses prédécesseurs ne les ont jamais payés, il serait tenu de prouver l'erreur de sa reconnaissance. *Tenetur probare et docere de errore recognitionis, cui interim standum tanquam puræ confessioni et probationi, quia præfata verba non faciunt conditionem nec suspendunt, ut dictum est.*

A l'appui du principe que les simples reconnaissances font preuve de ce qu'elles contiennent, il cite, à son ordinaire, nombre d'auteurs, et notamment Guipape, *décis.* 272, qui assure que ce principe est suivi dans les tribunaux, et qu'il l'a vu juger ainsi plus de cent fois. *Et quod ejusmodi recognitiones, etiam simplices, probent dominium et enunciata in eis contenta comprobant.* (Guidop , etc.)

Dans plusieurs autres endroits de ses ouvrages, et notamment dans son Traité *de Usuris*, nos 208 et suiv., il enseigne que les actes récognitifs font une preuve complète de ce qui s'y trouve énoncé. Il y fait une distinction importante entre l'aveu qui résulte d'une contre-quittance (2) et celui qui résulte d'un titre récognitif donné *ad hoc*. La contre-quittance, suivant lui, même lorsqu'il n'y en a qu'une seule, lorsqu'elle contient la cause du payement, fait preuve contre le débiteur, parce qu'elle a la force d'un aveu, et que l'aveu extrajudiciaire fait en connaissance de cause, en présence du créancier acceptant, fait pleine foi : *quoniam confessio causata parte præsente acceptante, etiam extra judicium, plene probat.*

Ainsi le débiteur ne peut répéter la somme qu'il a payée, qu'en prouvant que le payement a été fait par erreur; mais une seule contre-quittance ne suffit pas pour autoriser le créancier à agir au pétitoire, et demander la rente dans les années suivantes.

Au contraire, l'aveu formel, contenu dans un acte récognitif, contient, dit-il, l'obligation expresse, ou au moins implicite, de continuer les payements à l'avenir : *Respicit directo totam jus, et principaliter tendit ad obligandum in futurum; solutio autem non respicit ipsum jus, sed unum terminum elapsu, nec ullo modo tendit ad obligandum in futurum* (3).

Il en conclut, n° 210, que la reconnaissance principale, ou l'acte récognitif de la rente, fait *par lui-même* pleine foi du droit reconnu, même pour agir au pétitoire, parce que cette reconnaissance est réfléchie, et faite principalement pour cette fin (4).

Il ajoute que si la reconnaissance est erronée ou contient d'autres vices, celui qui l'a faite peut recourir aux moyens de droit ordinaires; parce que la reconnaissance est donnée *ad probationem conservandam, non autem aliquid de novo disponendum.*

---

(1) Sur le § 25 de l'ancienne coutume.

(2) « Solvens expressim , ex causa reditus perpetui a se debiti, fatetur reditum perpetuum deberi ; imo plus quam fatetur, quia de facto solvit : igitur satis est semel ex hac expressa causa solutum. »

(3) Il résulte de là que si la quittance contenait la réserve de l'année courante, et les autres à leur échéance, elle ferait une preuve complète, même pour l'avenir.

(4) « Ex quo clarissime sequuntur duo, primum quod principalis ipsa recognitio , seu confessio juris reditus , in se plenam fidem facit inter easdem partes de jure confesso , etiam in petitorio , quia ad hanc finem principaliter et deliberate fit , et hoc principaliter et per se agitur et intenditur »

329. Il nous paraît prouvé par ces passages et autres qu'on pourrait citer, que Dumoulin a constamment enseigné que les actes récognitifs font une preuve complète même des énonciations qu'ils contiennent, et qu'ils dispensent de représenter le titre primordial. C'est par cette raison qu'il les oppose aux confirmations *in forma communi,* dans son Commentaire sur le § 5, *hodie* 8, de la coutume de Paris, où, après avoir dit, n° 86, que les reconnaissances, *recognitiones*, même erronées, font une preuve complète à laquelle il faut s'en tenir, jusqu'à ce que l'erreur soit prouvée; que les reconnaissances font foi même des énonciations y contenues, *enunciata in eis contenta*, il ajoute immédiatement après, n° 87. qu'il en est autrement des confirmations, *secus de confirmationibus*, etc.

Il explique ensuite, dans ce numéro et dans les suivants, la doctrine des canonistes sur les confirmations *in forma communi*, ou *in forma speciali :*

La première, *quando non exprimitur ad longum tenor confirmati;*

La seconde, *quando enarrato toto tenore confirmato, confirmatur a potestatem habente*, n° 89.

Au premier cas, l'acte de confirmation ne forme point une preuve, et ne fait point foi de la donation, du privilége, ou du droit confirmé; mais il est nécessaire de produire l'original, à moins que l'acte de confirmation ne soit soutenu par une possession légitime.

Au second cas, il suffit de produire l'acte de confirmation, qui fait une preuve pleine et entière, *plene probat*, quand même l'original ne serait pas produit : *etiamsi non aliter doceatur de originali confirmato.*

Ces principes dont Dumoulin a spécialement limité l'application aux confirmations *proprement dites,* Pothier les a, par une erreur manifeste, étendus à tous les titres récognitifs ou reconnaissances.

« Dumoulin, dit-il, distingue deux espèces de » *titres récognitifs ou reconnaissances*, celles qui » sont dans la forme *ex certa scientia*, et celles » qu'on appelle *in forma communi.* »

Pothier invoque, au soutien de cette assertion, les passages ci-dessus cités du n° 89, qui la détruisent positivement, puisqu'ils ne parlent que des confirmations que Dumoulin oppose aux reconnaissances; mais Pothier invoque de plus ce passage du n° 88 : *Hoc tantum interest inter confirmationem ex forma communi, et confirmationem ex certa scientia, proprie loquendo* (1) *quod illa tanquam conditionalis et præsuppositiva, non probat confirmationem, hæc tanquam pura et certa fidem de eo facit, non tamen illud in aliquo auget et extendit*, etc.

Il est évident que Dumoulin ne parle ici que des confirmations proprement dites, et non des reconnaissances en général, dont la nature est toute différente, comme nous l'avons dit.

330. Pothier l'a lui-même senti, car il ajoute: « Etailleurs, § 18, glos. 1, n° 19, il (Dumoulin) dit » *en général* des reconnaissances, que *non interponuntur animo faciendæ novæ obligationis,* » *sed solum animo recognoscendi : unde simplex* » *titulus novus* (un titre nouvel) *non est dispositorius.* »

Oui, sans doute, Dumoulin dit cela; mais de ce que le titre nouvel n'emporte point de novation, *non interponitur animo faciendæ novæ obligationis*, s'ensuit-il qu'il ne forme pas une preuve par lui-même, si l'original n'est point produit? Non, certes, et Dumoulin le dit positivement dans le passage tronqué, cité par Pothier; car immédiatement après ces mots, *titulus novus non est dispositorius*, où s'arrête la citation, il ajoute : *sed declaratorius,* SEU PROBATORIUS..., *nec aliquid de novo inducit, circa substantiam obligationis, sed bene circa quædam extrinseca et accidentalia, videlicet* CIRCA PROBATIONEM, *et vim executivam* (la force exécutoire); *et sic hujusmodi titulus duo tantum operatur : primo,* CONFESSIONEM ET PROBATIONEM RECOGNOSCENTIS : *secundo, vim guarrentigiam.*

Il reste donc démontré que Dumoulin a constamment enseigné que les actes récognitifs font pleine foi par eux-mêmes; qu'il n'a point appliqué à ces actes les faux principes des canonistes sur les actes de confirmation, dont la nature est toute différente. C'est évidemment à tort que Pothier lui a prêté une opinion contraire.

331. Revenons à notre art. 1337. Il est contraire au principe de raison, écrit dans le droit romain, que celui qui a fait librement un aveu doit s'y tenir, et que sa reconnaissance fait pleine foi contre lui, à moins qu'il ne démontre, par les preuves les plus évidentes, que son aveu a été fait par erreur.

Il est en opposition directe avec l'art. 695, qui dit positivement que le titre récognitif *remplace* le titre primordial;

Avec l'art. 1320, qui porte que l'acte authentique ou sous seing privé fait foi contre les parties, même de ce qui n'y est exprimé qu'en termes énonciatifs.

Il est contraire à l'opinion de Dumoulin, seule autorité sur laquelle Pothier fondait la disposition que le titre récognitif ne dispense pas de la représentation du titre primordial.

Cet article n'est donc fondé que sur une erreur désormais démontrée.

332. Il choque tellement la raison et les principes universellement reçus en jurisprudence, que les auteurs les plus célèbres, qui ont écrit depuis la promulgation du Code, se sont de concert élevés contre ses dispositions.

Malleville, membre de la commission chargée de la rédaction du projet du Code, pense que

(1) Pothier, dans sa citation, supprime ces mots : *proprie loquendo* (éd. Tarlier. t. 1, p. 256, n° 779, col. B.).

les principes sur lesquels est fondé l'art. 1337 pouvaient être utiles à l'égard des fiefs, mais qu'ils n'ont pas le même caractère de justice à l'égard des autres créances, parce que, dit-il fort bien, une reconnaissance est un aveu. Or, *non est major probatio quam confessio partis.* Qu'ai-je besoin de plus d'un aveu du débiteur pour établir ma créance?

Il ajoute que si l'acte récognitif contient, par erreur, quelque chose de plus que le titre primordial, c'est au débiteur de le prouver par la représentation du titre.

333. Delvincourt, tome 2, pag. 831, sur ces mots, *ne dispensent pas le créancier de rapporter le titre primordial,* dit aussi que cette disposition, copiée dans Dumoulin et dans Pothier, pouvait être utile en matière féodale, et lorsqu'il s'agissait de concession de fiefs; mais qu'on ne voit pas comment une simple reconnaissance, qui n'est pas autre chose qu'un aveu écrit, ne ferait pas pleine foi, etc. Il propose ensuite un moyen de concilier l'art. 1337 avec *les véritables principes.* Il pense qu'il faut distinguer entre les personnes auxquelles l'acte récognitif est opposé, et que la reconnaissance, de quelque manière qu'elle soit rédigée, fait foi contre celui de qui elle émane et contre ses héritiers, parce que c'est réellement un aveu par écrit; mais qu'elle ne fait foi, à l'égard des tiers, que lorsqu'elle réunit les conditions exigées par l'art. 1337. Ainsi, un créancier, dit-il, a une hypothèque qui remonte à 1780; le bien hypothéqué est vendu; le premier créancier produit seulement un titre récognitif : fera-t-il foi à l'égard du second créancier? Oui, si la teneur du titre primordial y est spécialement relatée; *secus*, dans le cas contraire.

Il nous paraît impossible d'admettre ce moyen de conciliation, évidemment contraire au texte de l'art. 1337, dont la disposition finale porte que, s'il y a plusieurs reconnaissances soutenues de la possession, « *le créancier* pourrait être dis» pensé de représenter le titre primordial. » C'est donc aux parties que s'applique la disposition qui porte que les actes récognitifs ne dispensent point de la représentation du titre primordial.

334. Mais enfin, puisque l'erreur sur laquelle est fondée cette disposition est découverte; puisque l'injustice en est reconnue; puisqu'elle est contraire à d'autres articles du Code conformes à l'équité et à la raison, il faut bien, pour l'en rapprocher, et mettre le Code d'accord avec lui-même, avoir recours à l'interprétation. La plus régulière serait sans doute l'interprétation par voie d'autorité; mais c'est aussi la plus lente. En attendant, il est nécessaire de la préparer et même de la suppléer par l'interprétation doctrinale des jurisconsultes, et surtout par celle des cours souveraines. Il nous semble qu'on pourrait tout concilier, en fixant le sens des mots; « *à moins que la teneur du titre n'y soit* » *spécialement relatée.* »

Il est très-vraisemblable, il paraît même certain que, dans l'esprit des auteurs du Code, qui avaient sous les yeux Pothier qu'ils ont copié, et les passages de Dumoulin qui l'ont induit en erreur, les mots : *la teneur spécialement relatée*, se rapportent à la confirmation *spéciale* des canonistes, pour laquelle il fallait la relation *ad longum* de toute la teneur du titre : *inserto toto tenore tituli;* mais le sens de ces mots n'est point assez précis pour empêcher de les interpréter de manière à les concilier avec la raison, avec les principes consacrés par plusieurs articles du Code qu'il faut accorder.

Or la teneur spéciale du titre primordial n'est-elle pas suffisamment référée, lorsque l'acte récognitif énonce la nature, le montant de la dette, l'époque et la date du titre primitif? C'est en cela que consiste toute la substance de ce titre. Supposons que Caïus ait reconnu me devoir une rente perpétuelle de 1,000 fr., payable le 1er janvier de chaque année, en vertu de l'acte de constitution, consenti par son père le 1er janvier de telle année. L'arrêt qui jugerait que cet acte prouve suffisamment et par lui-même l'existence de la rente, sans la représentation du titre constitutif, pourrait-il être censuré? Nous ne le pensons pas. Le titre primordial y est spécialement référé; sa teneur l'est également, puisque la substance de ce titre est la constitution de la rente annuelle. Qu'exiger de plus? Copie littérale de ce titre? Elle est inutile, et le texte de l'article 1337 ne l'exige pas. L'exiger, ce serait ajouter à son texte; or cette addition excède les pouvoirs des cours.

On pourrait donc dire qu'il y aurait excès de pouvoir, si, faute de cette copie littérale, les juges déclaraient l'acte récognitif insuffisant pour faire preuve, sans la représentation du titre primitif. Un arrêt de cette espèce serait donc exposé à la censure.

Il serait même infailliblement cassé, s'il s'agissait d'un acte récognitif antérieur à la promulgation du Code civil; car, ainsi que nous l'avons remarqué nº 313, la cour de cassation, dans un arrêt du 24 vendémiaire an XIII, a déclaré que l'art. 1337 est de droit nouveau, et qu'avant le Code civil il n'existait aucune loi qui décidât qu'une seule reconnaissance ne suffisait pas pour établir la preuve d'une rente, et nous avons vu que Dumoulin même pensait le contraire. Or, si cette reconnaissance, quoique ne contenant point la copie du titre primordial, suffisait pour faire preuve, sous l'ancienne législation française, le Code n'a pu lui ôter sa force probatoire, parce qu'il n'a point d'effet rétroactif.

335. Nous finirons par examiner une question très-controversée avant le Code civil, l'indivisibilité des aveux. Il paraît que le droit romain n'admettait pas cette indivisibilité, lorsqu'il n'y avait pas de connexité entre les faits reconnus dans l'aveu. C'est ce qui résulte de la

loi 26, § 2, ff. *depositi*, 16, 3 (1), où il s'agit d'une lettre dans laquelle Titius reconnait avoir reçu en dépôt, des frères Sempronius, dix livres d'or, plus ou moins, deux plats et un sac cacheté; sur quoi, ajoute-t-il, vous me devez dix livres que vous avez déposées chez Titius, dix livres déposées chez Trophime, et dix livres du compte de votre père, *ex ratione patris tui*.

On demande au jurisconsulte Paul si cette lettre forme quelque obligation. Il répond que non; mais il ajoute qu'elle forme la preuve du dépôt fait par les Sempronius. Quant à la question de savoir si cette même lettre forme, en faveur de Titius, une preuve de ce qu'il y a ajouté en sa faveur par cela seul qu'il l'a écrit, Paul répond que c'est au juge de l'examiner, *judicem æstimaturum*.

Ainsi, des deux questions que faisait naître la lettre de Titius, la première est, sans balancer, résolue affirmativement; la lettre fait preuve du dépôt contre Titius. Quant à la seconde question, fait-elle également preuve en sa faveur?.... Elle est renvoyée à la prudence du juge : donc la législation romaine n'avait point établi la règle de l'indivisibilité des aveux, parce qu'en effet les circonstances seules peuvent décider s'ils sont ou non divisibles.

Si la lettre avait été écrite au moment même du dépôt, et pour servir de titre aux Sempronius, il est clair qu'en y laissant insérer la mention des sommes dont Titius se prétendait créancier, ils reconnaissaient tacitement ses prétentions; autrement ils pouvaient, ils devaient refuser la lettre, et ne pas choisir Titius pour dépositaire.

Mais si, comme c'est assez l'ordinaire, le dépôt avait été fait d'abord de confiance, et sans écrit, et que Titius, abusant de cette circonstance pour se créer un titre, eût écrit la lettre citée aux Sempronius, qui n'étaient plus libres de la refuser sans rester dénués de toute espèce de preuve contre un homme que sa conduite rendait suspect, n'eût-il pas été d'une souveraine injustice de contraindre les Sempronius à reconnaître pour titre un écrit insidieux, qu'il n'avait pas été en leur pouvoir de refuser, sans rester dénués de toute espèce de preuve de leur dépôt?

Dans l'ignorance des circonstances, que pouvait répondre de mieux la loi? Renvoyer à la prudence du juge, *judicem æstimaturum*.

336. Les plus judicieux interprètes du droit romain n'ont point également admis la règle absolue de l'indivisibilité de la confession ou de l'aveu. On peut voir, sur ce point, l'exacte et savante dissertation de Merlin, dans ses *Questions de droit*, v° *Confession*, § 2, où il examine la maxime, qu'en matière civile on ne peut diviser l'aveu judiciaire. On y verra les sages réflexions de Voet sur ce point. On y verra encore que nos plus savants auteurs français étaient divisés; que l'indivisibilité était combattue par les uns, soutenue par le plus grand nombre; mais que ceux-là mêmes qui la soutenaient convenaient qu'elle souffrait des exceptions, et que l'aveu pouvait incontestablement être, suivant les circonstances, divisé dans les quatre cas suivants :

1° Lorsqu'il portait sur des faits, même connexes, qui ne se référaient pas à une seule et même époque, et ne formaient pas, par conséquent, ce que les jurisconsultes appellent *un acte continu*. Tel était l'avis de Voet, de Zoesius, etc. A plus forte raison, si les faits étaient séparés et non connexes, comme dans la loi ci-dessus citée.

2° Lorsque l'article contesté de l'aveu se trouvait combattu par sa propre invraisemblance ou par une présomption de droit. C'était encore l'avis de Voet, celui de Henrys, tom. 3, pag. 180, et tom. 4, 6e quest. posth., et des nouveaux éditeurs de *Denisart*.

3° Lorsque la partie qui avait fait l'aveu avait contre elle des indices de dol, de fraude ou de simulation. Des arrêts des 1er août 1650, 3 août 1678, 1er septembre 1730 et 7 septembre 1778, l'avaient ainsi jugé. *Voy.* Bardet, le *Nouveau Denisart* et Merlin, *loco citato*, pag. 384.

4° Lorsqu'il existait, contre cette même partie, des commencements de preuve. C'était l'avis de Henrys.

Tel était donc l'état de la jurisprudence avant la promulgation du Code. Le droit romain, ses interprètes, la jurisprudence des arrêts, l'opinion des auteurs français, n'admettaient point la règle absolue de l'indivisibilité de la confession sans beaucoup d'exceptions. En un mot, aucune loi n'avait interdit la division de l'aveu judiciaire (2). L'indivisibilité de l'aveu était regardée comme une règle soumise à des exceptions livrées à la prudence des juges. Pothier (3) énonça simplement la règle sans parler des exceptions. Le Code l'énonça de la même manière dans l'art. 1356.

(1) Voici le texte de cette loi :

« Titius Semproniis salutem. Habere me a vobis auri pondo plus minus decem, et discos duos, saccum signatum; ex quibus debetis mihi decem, quos apud Titium deposuistis : item quos Trophimati decem : item ex ratione patris vestri decem :... quæro, an ex ejusmodi scriptura aliqua obligatio nata sit, scilicet quod ad solam pecuniæ causam attinet? Respondit, ex epistola, de qua quæritur, obligationem quidem nullam natam videri, sed probationem rerum depositarum impleri posse. An autem is quoque, qui deberi sibi cavit in eadem epistola decem, probare possit hoc, quod scripsit judicem æstimaturum. »

(2) En sorte qu'aujourd'hui même, un arrêt antérieur à la promulgation du Code ne pourrait être cassé pour avoir divisé l'aveu.

(3) N° 833, éd. Tarlier, t. 1, p. 250.

537. « L'aveu judiciaire est la déclaration » que fait en justice la partie, ou son fondé de » pouvoir spécial... Il ne peut être divisé con- » tre lui. »

Il est certain que, par cette disposition, l'indivisibilité de l'aveu judiciaire est érigée en loi; mais faut-il en conclure que cette règle générale soit tellement rigide, qu'il ne soit plus aujourd'hui permis aux tribunaux d'admettre aucune des exceptions que peut exiger l'équité?

538. Cette conséquence paraît dure. Les rédacteurs du projet de Code présentèrent un titre préliminaire, dans lequel ils proposaient d'ériger en loi le brocard trivial, que « les ex- » ceptions qui ne sont point dans la loi ne doi- » vent pas être suppléées. »

Mais ce titre, qui d'ailleurs contenait d'excellentes choses, fut rejeté précisément parce qu'il contenait des règles trop générales; règles toujours dangereuses et sujettes à des exceptions.

Il est donc certain que le brocard dont nous venons de parler n'a point été érigé en loi; et dès lors un jugement ne pourrait être cassé, uniquement parce qu'il aurait admis à l'indivisibilité de l'aveu judiciaire une exception suggérée par l'équité et par les circonstances, quoique non contenue dans la loi; car il ne ferait que décider que la disposition de l'art. 1356 n'est pas applicable à tel cas particulier; il n'y aurait donc point de loi violée.

Ajoutons que si l'art. 1356 n'a point indiqué d'exceptions au principe de l'indivisibilité de l'aveu judiciaire, l'observation nous apprend que les lois, qui ne peuvent tout prévoir, ont nécessairement besoin d'interprétation, et même d'interprétation conjecturale, c'est-à-dire, tirée d'ailleurs que des termes de la loi. Cette interprétation, suivant les auteurs qui ont écrit sur ces matières, est de deux sortes, extensive ou restrictive :

Extensive, quand on applique la disposition de la loi à un cas qui ne paraît pas compris dans ses termes précis;

Restrictive, quand on excepte de son application un cas qui paraissait compris dans la généralité de ses expressions.

Mais quelque générales que soient ces expressions, on ne saurait présumer que le législateur ait voulu que l'application de la loi entraînât une injustice ou une absurdité; d'où l'on a conclu, avec raison, ce nous semble, que lorsqu'il se rencontre des cas tels, que l'application de la loi opérerait une injustice ou une absurdité, ils sont naturellement présumés être exceptés par la volonté présumée du législateur. Ils forment des exceptions tacites (1). Il y a des choses qui s'exceptent naturellement et d'elles-mêmes, encore qu'on ne voie rien dans les termes de la loi qui insinue cette restriction, dit fort bien Quintilien (2).

Quædam etiam si nulla significatione legis comprehensa sunt, natura tamen excipiuntur (3).

539. L'art. 1356 du Code porte que l'*aveu* judiciaire ne peut être divisé contre celui qui l'a fait. Mais s'il a été interrogé sur plusieurs faits, il a fait aussi plusieurs aveux ou dénégations; car il en est des aveux comme des stipulations; il y a autant de stipulations que de choses : *Tot sunt stipulationes, quot corpora.* (L. 1, § 5, ff. *de verb. obl.*) De même, autant d'articles différents, autant d'aveux ou de dénégations. Or le Code dit-il que toutes les réponses, s'il y a plusieurs faits différents, ne peuvent être divisées, contre la doctrine de Voet, de Zoesius, de Henrys, etc. (4)?

Remarquons encore que le Code dit bien que l'aveu ne peut être divisé contre celui qui l'a fait; mais le Code ne dit pas que tous les faits étrangers que l'avouant a insérés dans son aveu formeront une preuve en sa faveur, par cela seul qu'il lui aura plu de les y insérer. Sans doute, il est juste et naturel de ne pas séparer l'aveu de la dette de celui du payement; c'est le véritable cas de l'indivisibilité de l'aveu : car si vous n'avez d'autre preuve de votre créance que mon aveu, s'il n'en existait pas d'autre, il est juste de m'en croire, lorsque j'affirme avoir payé; car, n'existant point de titre contre moi, je n'ai pas dû songer à me faire donner une quittance parfaitement inutile.

Mais si, comme dans la loi 26, ff. *depositi*, 16, 3, Titius, en écrivant aux Sempronius, pour reconnaître le dépôt qu'ils lui ont confié, ajoute à cette reconnaissance, et pour se faire un titre à lui-même, qu'ils lui doivent différentes sommes, on ne peut appliquer à cette espèce l'indivisibilité de l'aveu. Cette addition n'est point un aveu; c'est une allégation qui, n'étant point acceptée ni reconnue par les Sempronius, ne peut former une obligation contre eux, dit fort bien le jurisconsulte Paul. *Respondit obligationem nullam natam videri.* Cela est évident. Mais cette addition forme-t-elle du moins une preuve de la créance alléguée par Titius? C'est, dit encore Paul, ce que le juge seul peut décider, *judicem æstimaturum;* parce qu'en effet les circonstances

(1) *Voy.* Grotius, *de jure pacis et belli*, lib. 2, cap. 16, § 22 et seq.; Heineccius, *Prælect. in Grotium, ibid.*

(2) Declam. 315.

(3) Il est étonnant, dit Solon, qu'un texte aussi précis n'ait pas fait cesser toutes les controverses *Voyez*, dans ce sens, Duranton, nº 1465. L'opinion de Toullier est partagée par Rolland de Villargues, vº *Aveu*, nº 50, et par Pigeau. Dalloz la réfute par cet adage : *Dura lex sed lex.*

(4) Solon repousse le système de Toullier; il n'y voit qu'une subtilité imaginée pour échapper à une loi qui ne distingue pas.

seules peuvent éclairer sur ce point. Voy. *supra*, n° 535 (1).

Le Code ne nous paraît avoir rien changé à cette décision sage et raisonnable; car, en disant que l'on ne peut diviser l'aveu *contre* celui qui l'a fait, il ne dit point, et n'a pu même dire, sans injustice, que tout ce que l'avouant pourra ajouter à son aveu demeurera prouvé en sa faveur.

540. Il nous reste à examiner s'il faut appliquer à l'aveu extrajudiciaire le principe de l'indivisibilité, appliqué par le Code à l'aveu judiciaire.

Nous ne saurions le penser. Ce n'est point parce que le Code, ne parlant que de l'aveu judiciaire, semble exclure l'aveu extrajudiciaire : cette raison serait faible et insuffisante. Il existe peu de raisonnements plus vicieux que l'argument trivial : *Qui dicit de uno, negat de altero*; et si le principe de l'indivisibilité de l'aveu, pris dans sa généralité, était fondé sur la nature des choses, nous ne balancerions point à l'étendre à l'aveu extrajudiciaire.

Mais nous pensons, avec les lois romaines, que cela doit dépendre des circonstances, et doit être, par conséquent, abandonné à la prudence des tribunaux, comme dans l'ancienne jurisprudence; car il n'existait alors aucune loi qui défendît de diviser l'aveu. C'est un point qui n'est pas contesté.

Le Code a consacré le principe de l'indivisibilité, à l'égard de l'aveu judiciaire, sauf toutefois les exceptions, comme nous l'avons dit. Il a gardé le silence sur l'indivisibilité de l'aveu extrajudiciaire; et si l'on ne peut de son silence conclure rigoureusement qu'il autorise la divisibilité, on peut au moins en conclure qu'il ne la défend pas. On peut, il est vrai, on doit même souvent appliquer, par analogie, le principe de l'indivisibilité à l'aveu extrajudiciaire; mais enfin aucune loi ne l'ordonne, et par conséquent le juge demeure libre. En divisant l'aveu extrajudiciaire, il ne violerait aucune loi (2).

Un arrêt de la cour royale d'Orléans, du 7 mars 1818, a jugé, en faveur des héritiers de la dame Barbot, contre son mari, que l'aveu extrajudiciaire était divisible, sur le fondement qu'il n'y a que l'aveu judiciaire qui soit déclaré indivisible par l'article 1356 du Code (3).

541. Merlin, qui rapporte cet arrêt en traitant la question qui nous occupe (4), observe que la section *de l'Aveu de la partie* ne parle que de l'aveu verbal, et que l'aveu écrit rentre dans la classe des preuves littérales.

Or, dit-il, les art. 1320 et 1322, portant que les actes authentiques ou sous seing privé font pleine foi entre ceux *qui les ont signés*, même des énonciations qu'ils contiennent, il en conclut qu'il faut prendre ces actes dans leur parfaite intégrité, sans quoi ils ne feraient pas pleine foi; ils ne feraient foi qu'à demi, si l'on pouvait les diviser, pour n'en adopter qu'une partie et rejeter l'autre.

Ce raisonnement est parfaitement exact à l'égard des écrits signés des deux parties; mais il est sans force à l'égard des écrits qui ne sont signés que de l'une d'elles, comme les lettres missives, et c'est le cas dont il parle dans son § 4. Or, lorsque Titius, dans l'exemple tiré de la loi 26, § 2, ff, *deposit.* en écrivant aux Sempronius qu'il reconnaît le dépôt qu'ils lui ont confié, ajoute, pour se former un titre, qu'ils lui doivent 10,000 fr. du chef de leur père, *ex ratione patris*, cette addition n'est pas signée des Sempronius : elle ne peut donc pas faire pleine foi contre eux, en vertu des articles 1320 et 1322.

Nous persistons donc à penser que, même sous l'empire du Code, la décision de la loi romaine doit être suivie : *Judicem æstimaturum.*

---

(1) Merlin, *Répertoire*, v° *Chose jugée*, § 15; Dalloz, v° *Aveu*, n° 104.

(2) Un arrêt de la cour de Bruxelles du 2 mars 1822 porte que « c'est un principe constant en matière d'aveu, soit judiciaire, soit extrajudiciaire, qu'il ne peut être divisé. »

(3) Remarquons ici qu'un arrêt du 30 avril 1821 a décidé qu'un aveu extrajudiciaire, mais répété en justice, prend le caractère d'aveu judiciaire, et ne peut être divisé sans violer l'art. 1356.

Voici l'espèce :

Huré père, pour s'acquitter envers le sieur Gourraud, passa à son ordre un billet de 15,000 francs, souscrit par Vaulthier. Cet ordre rendait Gourraud propriétaire du billet; mais celui-ci donna à Huré une déclaration écrite par laquelle il reconnut lui redevoir 15,000 francs sur le billet.

En 1816, Huré fils demanda à Gourraud 9,000 francs qu'il prétendait redus par Gourraud à son père, qui n'avait confié à ce dernier que le recouvrement du billet; et pour prouver que Gourraud n'était pas propriétaire du billet, il invoquait la déclaration par laquelle Gourraud reconnaissait devoir 15,000 francs sur le billet.

Gourraud persista dans cette reconnaissance, qu'il répéta dans le cours de l'instruction, en ajoutant qu'elle ne pouvait être divisée.

Le conseil supérieur de la Guadeloupe avait décidé le contraire; mais son jugement fut cassé par arrêt du 30 avril 1821, par le motif « *que la déclaration a pris* » *le caractère de l'aveu judiciaire*, lorsque le sieur » Gourraud, en s'en appuyant, en a fait l'unique base de » sa défense, et n'a cessé d'opposer qu'elle devait faire » foi de son contenu, et qu'elle ne pouvait être divisée » contre lui. »

On peut, ce semble, induire de cet arrêt que, si la reconnaissance n'eût pas pris le caractère de l'aveu judiciaire, la division de l'aveu n'eût pas été une violation de l'article 1356, et que, par conséquent, il n'y eût pas eu ouverture à cassation. Merlin, v° *Confession*, §§ 3 et 4.

(4) *Questions de droit*, v° *Confession*, §§ 3 et 4.

SECTION V.

Du Serment.

NOTIONS PRÉLIMINAIRES.

SOMMAIRE.

342. Transition.
343. Nature, définition et analyse du serment.
344. C'est dans l'imprécation que consistent la force et l'essence du serment.
345. Il est établi comme précaution contre l'inconstance et l'infidélité des hommes.
346. Le lien du serment est nul pour ceux qui sont sans religion ; mais il peut raffermir les gens religieux et faibles.
347. On a, mal à propos, peut-être, retranché du serment la formule d'imprécation, qui n'y est plus que sous-entendue. Les juges peuvent et doivent la rappeler.
348. Erreur de Grotius, qui a cru que le serment renferme une promesse à Dieu.
349. Deux espèces de serments, le promissoire et l'affirmatif.
350. Le serment affirmatif est aussi considéré comme tenant lieu de preuve.
351. Étendue donnée au serment promissoire, pour étendre la juridiction des juges d'Église.
352. Le serment promissoire est un accessoire de l'engagement, qui n'y ajoute aucune force nouvelle, dans le for extérieur.
353. La disposition du droit romain qui validait, par le serment, les obligations des mineurs, n'était pas reçue en France.
354. Les fonctionnaires publics, même les pairs, ne peuvent commencer l'exercice de leurs fonctions avant la prestation du serment promissoire qu'ils doivent prêter. C'est cette prestation qui achève de leur conférer le caractère d'hommes publics.
355. Tout acte d'autorité publique qu'ils feraient auparavant est nul.
356. Devant qui les membres de l'autorité judiciaire doivent prêter serment.
357. En changeant de fonctions ou de territoire, les fonctionnaires doivent prêter un nouveau serment.
358. Serment des interprètes, des jurés, des experts. Peine contre les témoins qui refusent de le prêter.
359. Le serment affirmatif est judiciaire ou extrajudiciaire.
360. On n'est point obligé de prêter ni de référer le serment extrajudiciaire déféré sans convention.
361. S'il est déféré en vertu d'une convention, on ne peut ni se dispenser de le prêter, ni le référer.
362. C'est alors une véritable transaction conditionnelle.
363. Le serment déféré en bureau de paix en offre un exemple. Développement.
364. Deux espèces de serment judiciaire, le décisoire, le supplétif.

342. Après l'aveu de la partie, le Code passe au serment, considéré comme un genre de preuve. C'est sous ce seul point de vue qu'il forme une section du chapitre *de la Preuve des obligations et de celle du payement.*

Avant d'entrer dans le détail des règles relatives à ce genre de preuve, il faut expliquer la nature du serment.

343. Le serment est un acte religieux, où celui qui jure invoque Dieu, non-seulement pour témoin de la vérité d'un fait, ou de la sincérité d'une promesse, mais encore pour vengeur de l'imposture ou de la foi violée, en un mot, du parjure.

Ainsi, deux choses à distinguer dans le serment :

1° L'invocation, par laquelle on prend à témoin le Dieu de vérité, qui sait tout ;

2° L'imprécation, par laquelle on le prie, comme juste et tout-puissant, de venger sur nous le parjure.

Ces deux choses, en effet très-distinctes, ont porté saint Thomas, et après lui plusieurs canonistes célèbres (1), à distinguer deux espèces de serments : le simple qui se fait par la seule invocation de Dieu, pour témoin de la vérité de ce qu'on affirme ou de ce qu'on promet; et celui où l'on ajoute l'imprécation expresse ou tacite, par laquelle on provoque la vengeance divine contre le parjure.

344. Mais les plus graves auteurs (2) soutiennent, au contraire, par les raisons les plus fortes, que la simple invocation de Dieu, comme témoin de la vérité, ne constitue point un serment proprement dit. Il est du moins certain que c'est dans l'imprécation que consiste principalement la force du serment. Elle en est la sanction : aussi était-elle toujours explicitement contenue dans les anciennes formules de serment, comme on peut le voir dans la formule du serment prescrit par les juges à la fin de la novelle 8.

C'est aussi dans l'imprécation que nos auteurs français font consister l'essence du serment. Pothier dit que « le serment est un acte religieux par lequel une personne déclare qu'elle » se soumet à la vengeance de Dieu, ou renonce » à sa miséricorde, si elle n'accomplit pas ce » qu'elle a promis. C'est, ajoute-t-il, ce qui résulte de ces formules : *Ainsi Dieu me soit en* » *garde ou en aide ; je veux que Dieu me punisse,* » *si je manque à ma parole.* »

(1) Tels que Suarez, lib. 1, *de jur.*, cap. 13, nos 2 et 28; Pirrhing, in tit. 10, *de Jurejurand.*, no 18, etc.

(2) *Voy.* Boehmer, *Jus ecclesiast. protest.*, lib. 2, tit. 24, nos 5 et seq.

Domat enseigne aussi que l'imprécation par laquelle on prend Dieu pour vengeur du parjure est de l'essence du serment.

Il paraît même que c'est par cette raison que toutes les nations, comme de concert, ont considéré le serment comme une sûreté, et l'ont employé pour affermir un engagement, ou pour confirmer un témoignage ou une déclaration sur la vérité d'un fait. Cette sûreté consiste dans la confiance qu'on peut avoir que celui qui jure ne violera pas un devoir où il prend Dieu pour témoin de sa fidélité, et pour vengeur de son parjure.

345. Le serment est donc un acte accessoire, établi comme une précaution contre l'inconstance et l'infidélité des hommes, et pour suppléer, par la crainte de la vengeance divine, aux autres assurances que celui de qui on exige le serment ne peut donner, ou qu'il ne serait pas juste d'exiger de lui.

Ainsi, on ne peut prendre d'un témoin d'autre sûreté de sa bonne foi que celle que peut donner son serment, et la crainte qu'on doit lui supposer de commettre un parjure qui attirerait sur lui la vengeance divine.

Ainsi, il ne serait ni juste ni honnête d'exiger d'un magistrat qu'il donnât caution de remplir fidèlement ses fonctions, ni d'autre sûreté que son serment.

346. Le lien du serment n'existe donc réellement qu'à l'égard de ceux qui croient sincèrement en un Dieu rémunérateur et vengeur. Une longue et bien triste expérience a prouvé qu'en des temps où la dépravation des mœurs et des doctrines est extrême, où les croyances religieuses sont infiniment affaiblies ou nulles dans la plupart des individus de tous les rangs, le lien sacré du serment n'est plus une sûreté contre les infidélités et les parjures. C'est alors le caractère moral de l'homme qui donne du poids à son serment, et non le serment qui donne du poids à la parole de l'homme : *Dat fidem vir jurejurando, non jusjurandum viro* (1).

Cependant il reste encore bon nombre d'hommes religieux, mais faibles, qu'il est utile d'affermir par la religion du serment. De là ces solennités, établies pour frapper les sens et l'imagination, dont les anciens entouraient le serment; de là, chez les chrétiens, les serments prêtés sur l'autel, sur les saints évangiles, etc.; de là ces formules effrayantes d'imprécation (2), dont on trouve un exemple, comme nous l'avons déjà remarqué, dans la novelle 8 de Justinien, *in fine*.

347. Dans la suite, on retrancha de la formule du serment l'imprécation, qui néanmoins y est toujours sous-entendue implicitement en quelques termes que le serment soit prêté. La formule en est aujourd'hui réduite aux seuls mots : *Je le jure*, prononcés à l'audience (3).

Peut-être est-ce une faute, dans une législation où l'on emploie le serment comme un critère de vérité, d'avoir retranché de la formule l'imprécation explicite. D'après la doctrine des jésuites Suarez et Pirrhing, les mots : *Je le jure*, employés seuls, peuvent paraître équivoques et prêter aux interprétations et aux réserves mentales, si l'on n'y ajoute pas l'imprécation explicite. Certaines personnes peuvent arranger leur conscience de manière à ne pas croire faire un parjure, mais seulement un mensonge, en prenant Dieu à témoin, sans l'invoquer pour vengeur. On trouvera des casuistes qui enseignent cette doctrine. Il n'est pas bon de laisser lieu à l'interprétation du serment. Le Code de procédure, pour le canton de Genève, dont nous avons déjà parlé, a donc eu raison de rétablir l'imprécation. Il exige, art. 134, que les saintes Écritures soient ouvertes devant la partie qui s'apprête à jurer, et qu'après qu'elle aura prononcé : *Je le jure*, le président lui rappelle l'imprécation contenue dans ces mots, en ajoutant : *Que Dieu, témoin de votre serment, vous punisse si vous êtes parjure!*

Si l'imprécation était explicitement et solennellement rétablie dans la formule de notre serment, peut-être verrions-nous plus rarement des personnes, respectables par le rang qu'elles tiennent, déguiser la vérité, et la trahir de dessein prémédité par des mensonges ou par des réticences honteuses, souvent pour les motifs les plus frivoles, tels que la crainte de voir la flétrissure du criminel rejaillir sur une famille de leur société.

348. Grotius (4) a pensé que le serment renferme un vœu ou une promesse faite à Dieu même. Il en conclut que le serment arraché par crainte ou par violence, *vi et metu*, n'en est pas moins obligatoire (5), parce que, si celui qui l'a extorqué par des voies condamnables n'a pas le

---

(1) Æschilus, *apud Stobæum*.

(2) Boehmer, *ubi sup.*, n° 14, et les auteurs qu'il cite.

(3) Un arrêté belge du 4 novembre 1814, *Pasinomie*, 2e série, t. 1er, porte :

« Art. 1er. Toutes les fois que dans une procédure quelconque, il y aura lieu à prêter le serment, il y sera procédé dans les formes usitées antérieurement à l'occupation de la Belgique par les armées françaises.

« Art. 2. En matière civile ou de commerce, toute partie, qui sera interrogée sur faits et articles ou même d'office par les juges, prêtera serment, avant que de répondre. »

On ajoute donc à la formule : *Je le jure*, ou *le promets*, les mots : *ainsi Dieu m'aident et ses saints*, ou *Dieu me soit en aide !* selon la religion qu'on professe.

Cette dernière formule est en usage dans certaines parties du Hainaut. Bruxelles, 6 novembre 1841 (*Jur. de Belg.*, 1842, p. 398).

Toutes les formules de serment que renferme la loi fondamentale, se terminent par l'invocation : *ainsi Dieu me soit en aide !*

(4) *De jur. bel. et pac.*, lib. 2, cap. 13, nos 14 et seq.

(5) Sur cette question, *voyez* Pothier, n° 108 (édit. Tarlier, t. 1, p. 50); mais ce qu'il dit n'a de rapport

droit d'en exiger l'accomplissement, c'est à Dieu que l'on a affaire : *Et si enim personæ jus deficiat, cum Deo tamen negotium est qua de causa juramentum voti nomine nuncupatur.*

Cette doctrine, contraire à celle de saint Thomas et des canonistes (1), est d'une fausseté palpable. Le vœu est une simple promesse faite à Dieu, *simplex promissio.* Il peut être accompagné du serment ; il est alors ce que les docteurs appellent *votum juratum ;* mais le vœu n'est pas contenu dans le serment, qui est un accessoire au vœu, comme il est un accessoire à une promesse ou à une convention, qu'on appelle alors *pactum juratum.* Le vœu est donc très-réellement distinct du serment, qui peut l'accompagner ou ne pas l'accompagner ; mais il n'est point contenu dans le serment. Celui qui prend Dieu pour témoin et pour vengeur du parjure, n'a pas l'intention de faire une promesse à Dieu, mais à la personne qui exige pour sûreté son serment accessoire. Écartons donc sans retour une doctrine qui confond des notions entièrement distinctes, et qui transforme en vœu le serment, qui ne peut être que l'accessoire du vœu ou de la promesse faite aux hommes.

349. L'usage que l'on fait du serment en forme comme deux espèces : la première, quand il est employé pour affermir un engagement ou une promesse, comme une sûreté, comme une garantie de son accomplissement. C'est le serment que les docteurs appellent *promissoire, juramentum promissorium.* Ce serment se rapporte donc à un temps futur : Je jure que je ferai ou ne ferai pas telle chose. Remarquons cependant que ce serment renferme implicitement l'affirmation d'un fait présent, savoir : que celui qui jure a présentement la volonté, et qu'il est dans la ferme résolution de faire ce qu'il promet. Autrement son serment serait un mensonge et un parjure.

Ce serment rentre donc, en ce point, dans la seconde espèce de serment, celui qu'on emploie ou qu'on exige pour garantir la sincérité de l'affirmation ou de la négation d'un fait présent ou passé. Je jure que j'ai payé les 300 fr. que je devais à Titius. Les docteurs appellent ce serment affirmatif, *juramentum assertorium.*

Il ne peut être employé que pour affirmer un fait présent ou passé; car, comme nous ne pouvons avoir de certitude sur l'événement des choses contingentes, il y aurait de la témérité à jurer qu'elles arriveront ou qu'elles n'arriveront pas. Ce serment se réduirait nécessairement à dire que l'on croit qu'elles arriveront.

350. Mais le serment affirmatif, déféré à une partie, quoiqu'il doive avoir à son égard l'effet d'affirmer son engagement de dire la vérité, est, sous un autre point de vue, considéré comme tenant lieu d'une preuve, qui fait qu'on tient pour véritable le fait sur lequel la partie a juré; et c'est sous ce point de vue que cette sorte de serment forme une section du chapitre *des Preuves,* dont les règles sont expliquées dans la pésente section. Avant de les développer, il faut faire quelques remarques relativement au serment promissoire, sur lequel nous n'aurons plus occasion de revenir.

Du serment promissoire.

351. Les prétentions ultramontaines avaient autrefois, nous dit Pothier, n° 104 (2), rendu bien commun l'usage du serment promissoire dans tous les contrats. Les papes prétendaient que la connaissance de toutes les contestations, sur l'exécution des contrats qui étaient confirmés par serment, appartenait aux juges d'Église, parce que le serment étant un acte religieux, et le refus d'exécuter une obligation confirmée par serment étant une violation de la religion du serment, la religion paraissait intéressée dans les contestations sur l'exécution de ces engagements ; ce qui devait les rendre de la compétence du juge d'Eglise.

C'est pourquoi les notaires, qui étaient gens d'Église, ne manquaient point d'insérer dans les contrats qu'ils recevaient, que les parties avaient fait serment de ne contrevenir à aucune clause du contrat, et de les exécuter fidèlement, afin d'assurer aux juges d'Église la connaissance de l'exécution du contrat. Un grand nombre de notaires avaient encore, avant la révolution, conservé par habitude cet ancien style, et ils inséraient à la fin de l'acte, après mention de la lecture, que les parties l'avaient « ainsi voulu, promis, *juré tenir.* »

Il y a longtemps que les papes et le clergé ont été forcés d'abandonner ces prétentions auxquelles l'ignorance avait donné lieu ; et l'usage des serments a cessé dans les contrats des particuliers. Néanmoins, comme il peut arriver encore que quelques personnes emploient le serment pour assurer l'accomplissement futur de leurs promesses, il peut être utile d'examiner sommairement quel peut être l'effet de ce serment (3.)

352. Il n'a point d'effet dans le for extérieur. Si l'obligation est valable par elle-même, le serment est superflu, puisque, sans qu'il intervienne, le créancier envers qui elle a été contractée a action contre son débiteur, pour en exiger l'accomplissement. Le serment n'ajoute

qu'au for intérieur. *Voyez* aussi le *Répertoire*, v° *Convention*, § 8, où la question est bien traitée.

(1) Suarez, lib. 1, *de Jur.*, cap. 8, n°s 5 et 6 ; Pirhing, 10, *de Jurejurando,* n° 13, *in fine.*

(2) Édit. Tarlier, t. 1, p. 29.

(3) Rolland, v° *Serment des contractants ;* Dalloz, v° *Serment*, n° 49.

rien à cette action, et ne donne pas plus de droit au créancier qu'il n'en aurait eu, si le serment n'eût pas été interposé.

Si l'obligation n'est pas valable par elle-même, si elle est du nombre de celles pour lesquelles la loi dénie l'action, la loi civile n'en dénie pas moins l'action au créancier, malgré le serment du débiteur.

Par exemple, un joueur n'aura pas plus d'action pour exiger une dette du jeu, quoique l'obligation du débiteur ait été accompagnée du serment.

La raison en est, dit Pothier, n° 105, que le serment étant un accessoire de l'engagement, la loi qui répute l'engagement nul doit, par une conséquence nécessaire, réputer le serment nul, suivant cette règle de droit : *Cum principalis causa non consistit, ne ea quidem quæ sequuntur locum habent.* (L. 129, § 1; L. 178, ff. *de reg. jur.*)

Il ne doit pas dépendre des particuliers de rendre valables, au moyen d'un serment, des engagements que la loi réprouve. Il serait inutile de faire des lois sur les conditions requises pour la validité des conventions, si on pouvait les éluder par l'intervention d'un serment qui deviendrait bientôt de style.

353. Suivant le droit romain, le serment ajouté à la convention n'a aucun effet, lorsqu'elle est nulle par rapport à son objet, qui est illicite, ou par rapport à la violence qu'on y a employée; mais, lorsque la convention n'est attaquable que pour cause de minorité, le serment fait par le mineur, de ne pas se pourvoir contre, l'y rendait non recevable (1). C'est ce que décide l'empereur Alexandre Sévère, dans l'espèce d'une vente faite par un mineur, qui s'était engagé, par serment, envers l'acheteur, de ne pas revenir contre pour cause de lésion : *Nec perfidiæ, nec perjurii me auctorem tibi futurum sperare debuisti.*

Automne, sur cette loi, nous apprend qu'elle n'était pas suivie en France, parce qu'autrement les lois qui subviennent à la faiblesse des mineurs seraient toujours éludées par un serment qui deviendrait de style. Notre coutume de Bretagne en avait fait une disposition formelle. L'article 498 porte : « Les contrats des mineurs, » sous l'âge de vingt-cinq ans, ne sont validés » par le serment desdits mineurs (2). »

354. C'est au serment promissoire que se rapporte le serment que doivent prêter les fonctionnaires publics, avant d'entrer en fonctions. Ce serment produit un effet remarquable; car, suivant un principe très-ancien en France, attesté par Loiseau, liv. 1, *des Offices*, chap. 4, n° 71, c'est « en ce serment que gît la principale céré» monie de la réception ; et c'est ce serment » qui attribue et accomplit, en l'officier, l'ordre, » le grade et, s'il faut ainsi parler, le caractère » de son office (3), et qui lui défère la puissance » publique. »

La nécessité de la prestation d'un serment de la part de tout fonctionnaire public, avant son entrée en exercice, était, sous l'ancien régime, si constante, si générale, que les pairs de France y étaient soumis comme les autres officiers. C'est la doctrine que le chancelier d'Aguesseau professait aux chambres assemblées du parlement de Paris, le 9 mars 1716 (4).

« Si la pairie, disait-il, est une véritable di» gnité, elle exige nécessairement une récep» tion, *une prestation de serment* : en un mot, » une prise de possession solennelle, où la puis» sance publique achève de former le caractère » de l'homme public.

» L'élévation des dignités ne peut servir qu'à » rendre cette maxime plus inviolable et plus » nécessaire, pour le maintien de l'autorité » royale. Quelque éminentes que soient les di» gnités de chancelier et de connétable, elles » sont néanmoins assujetties, sur ce point, à la » règle commune de toutes les dignités. Ceux » que le roi honore de son choix, pour remplir » ces places importantes, ceux même à qui il » en a donné des provisions, pourraient-ils » jouir des prérogatives personnelles qui y sont » attachées, jusqu'à ce qu'ils se soient liés, par » *un nouveau serment*, à la majesté royale, et » que, par cette solennité, elle leur ait *imprimé* » *le sceau de la puissance publique?*

» Si les pairs de France opposent à une » comparaison si naturelle, que ces dignités, » quelque éminentes qu'elles soient, ne sont » pas héréditaires, comme celles des pairs de » France, tout ce qui résulte de cette différence » est que ceux qui sont appelés successivement » à la pairie ne sont pas obligés de prendre, » de degré en degré, de nouvelles lettres du roi; » ils ont la propriété de leurs dignités en vertu » des premières, dans lesquelles ils sont tous » compris, comme des branches dans leurs ti» ges, et des ruisseaux dans leur source. Mais » il y a une grande différence entre la propriété » de l'office et le caractère de l'officier ; l'une » est acquise au pair par succession comme elle » l'est aux autres par leurs provisions ; mais il

---

(1) *Voyez* le *Répertoire*, v° *Convention*, § 8.

(2) Dans l'ancien droit belge, on pouvait se faire restituer contre un acte, quoiqu'il fût confirmé par serment. Zypæus, *Notit. jur. belg.*; de Gewhiet, *Inst.*, t. 2, p. 102.

On avait également admis que les contrats des mineurs étaient nuls malgré leur serment. De Gewhiet, *ibid.*, p. 184.

(3) *Voy.* la loi 14, Cod., *de judiciis*, 3, 1.

(4) *Voy.* dans le tome 7 de ses OEuvres, page 616, le procès-verbal de ce qui s'est passé au parlement de Paris, en 1716, au sujet d'une accusation de duel intentée par le procureur général du roi, contre un pair de France qui n'avait pas encore été reçu au parlement.

» ne peut acquérir l'autre que par une réception, à laquelle il n'est pas moins assujetti » que ceux qui remplissent des dignités non » héréditaires. Il est donc, en vertu des lettres » accordées à toute sa race, dans le même état » où les autres officiers se trouvent, avec des » provisions qui ne regardent que leurs personnes; et comme un connétable ne pourrait » jouir d'aucune des prérogatives personnelles » de sa charge, avant que d'avoir *prêté le serment*, quoiqu'il en eût des provisions, la loi » doit être égale pour le successeur d'un pair » de France, quoiqu'il ait des lettres obtenues » par son auteur, qui lui tiennent lieu de provisions. »

Ces principes sur l'effet du serment exigé des fonctionnaires publics n'ont rien perdu de leur force par la révolution qui s'est opérée de nos jours dans les pouvoirs publics. Les dignités, les fonctions, les offices ont changé; mais la nécessité du serment est restée la même, ainsi que son effet.

L'art. 1er de la loi du 21 nivôse an VIII, en changeant la formule du serment à prêter par les fonctionnaires publics, ajoute qu'ils « ne » pourront commencer ou continuer l'exercice » de leurs fonctions ou emplois, que préalablement ils n'aient fait la déclaration suivante : » Je promets, etc. (1). »

355. Ainsi, le principe que c'est le serment qui achève de former le caractère de l'homme public est resté en pleine vigueur. Il en résulte que tout acte de l'autorité publique, fait par un fonctionnaire public non encore assermenté, est nul. La cour de cassation a consacré ce principe par un arrêt, fondé sur la loi du 21 nivôse an VIII, que nous venons de citer. Il est rapporté dans le *Répertoire de jurisprudence*, vº *Serment*, § 1, art. 1, nº 2. Il s'agissait d'un jugement rendu par le suppléant d'un juge de paix, qui n'avait pas encore prêté serment, en qualité de suppléant de la justice de paix. Ce jugement fut déféré à la censure de la cour de cassation, qui, après s'être assurée qu'en effet le suppléant n'avait point encore prêté serment, lorsqu'il avait prononcé le jugement attaqué, rendit, le 12 janvier 1809, un arrêt par lequel :

« Vu l'art. 1er de la loi du 21 nivôse an VIII » (ci-dessus copié), attendu que cette disposition est en pleine vigueur, bien qu'il ait été » apporté quelque changement à la déclaration » qu'elle prescrit; que les suppléants des juges » de paix, établis en exécution de la loi du » 29 ventôse an IX, sont du nombre des fonctionnaires dont parle la disposition ci-dessus » transcrite; qu'il est constant qu'à la date du » 4 janvier 1808, date du jugement dénoncé, » le sieur Jean-Pierre Jourdan n'avait pas prêté, » en sa qualité de second suppléant de la justice de paix de Saint-Tropez, le serment » prescrit par la loi; que, par conséquent, il » n'avait pas acquis le complément du *caractère* » de second suppléant, et n'avait pas le pouvoir » d'en exercer les fonctions : par ce motif, la » cour casse et annule le jugement rendu le » 4 janvier 1808, par le sieur Jourdan, au nom » du tribunal de police du canton de Saint-Tropez. »

356. Les lois règlent devant qui doit être prêté le serment préliminaire, essentiel pour l'exercice de toute fonction publique. Nous ne parlerons ici que des fonctions publiques de l'ordre judiciaire.

Suivant le décret du 24 messidor an XII, art. 2, le tribunal de première instance reçoit le serment des juges de paix de son arrondissement et de leurs suppléants.

L'art. 3 porte : « Les présidents et autres juges des tribunaux de première instance, les procureurs du roi et leurs substituts près ces tribunaux, et les juges des tribunaux de commerce, prêtent serment devant la cour d'appel à laquelle ils ressortissent. »

L'art. 4 porte que les premiers présidents des cours d'appel et des cours criminelles reçoivent le serment des juges et celui des substituts du procureur général, près les tribunaux qu'ils président.

L'art. 629 du Code de commerce a modifié ce qui concerne le serment des membres des juridictions commerciales. « Ils prêtent serment, » porte cet article, avant d'entrer en fonctions à » l'audience de la cour d'appel, lorsqu'elle siége » dans l'arrondissement communal où le tribunal » de commerce est établi; dans le cas contraire, » la cour d'appel commet, si les juges de commerce le demandent, le tribunal civil de l'arrondissement, pour recevoir leur serment, et, » dans ce cas, le tribunal en dresse procès-verbal, et l'envoie à la cour d'appel qui en ordonne » l'insertion dans ses registres. Ces formalités » sont remplies sur les conclusions du ministère » public, et sans frais. »

Les lois ayant pris soin d'indiquer devant qui doit être prêté le serment des fonctionnaires publics, il en résulte que le serment prêté devant une autorité incompétente est regardé comme non avenu ou nul.

357. Et si le fonctionnaire, après avoir régulièrement prêté serment, était promu ailleurs à une autre place de même nature que celle qu'il quitte, il n'en serait pas moins tenu de prêter un nouveau serment devant qui de droit; par exemple, si un juge de première instance de Saint-Malo, après avoir prêté son serment devant la cour royale de Rennes, était nommé juge au tribunal de première instance de Nantes, il devrait, avant d'entrer en fonctions, prêter un nouveau serment devant la même cour, car son premier serment ne lui donnait le droit d'exercer

(1) Cette disposition de la loi du 21 nivôse an VIII n'est pas abrogée.

les fonctions de juge que dans le ressort du tribunal de Saint-Malo.

C'est ce qui s'observe à l'égard des fonctions, bien moins importantes, de gardes champêtres et forestiers. L'art. 16 du Code d'instruction criminelle les charge de rechercher, *chacun dans le territoire pour lequel ils sont assermentés*, les délits et les contraventions de police qui auront porté atteinte aux propriétés rurales et forestières. Ils n'ont donc pas de caractère pour exercer ces fonctions dans un autre territoire. La cour de cassation l'a décidé dans l'espèce suivante :

Chaufton, nommé garde forestier dans l'arrondissement du tribunal civil de Vienne, y avait prêté son serment. Il fut transféré dans l'arrondissement de la Tour-du-Pin, ressortissant au tribunal de Bourgoing, où il ne prêta point un nouveau serment. Cependant, il y signa un procès-verbal, constatant un délit forestier contre Drevet et son fils. Ce procès-verbal fut annulé par un jugement du tribunal correctionnel de Bourgoing, confirmé par arrêt de la cour de Grenoble, le 11 juin 1812. L'administration des forêts se pourvut en cassation; mais par arrêt du 6 août suivant, son pourvoi fut rejeté, attendu qu'aux termes de l'art. 16 du Code d'instruction criminelle, les gardes forestiers n'ont caractère, pour exercer leurs fonctions, que dans le tribunal pour lequel ils sont assermentés, et que Chaufton n'avait pas prêté serment devant le tribunal de Bourgoing, où les prévenus étaient cités, et dans le ressort duquel le prétendu délit avait été commis (1).

Les mêmes motifs s'appliquent au juge. C'est une maxime ancienne : *Judex non potest extra territorium suum jus dicere* : il n'est ailleurs qu'une personne privée. Un juge nommé par le roi reçoit le pouvoir d'exercer ses fonctions dans le tribunal ou dans la cour où il est nommé; son serment achève de lui *imprimer le sceau de la puissance publique*, dit d'Aguesseau ; mais cette puissance, il ne peut l'exercer hors de son ressort. S'il est transféré ailleurs, il doit donc y prêter un nouveau serment, qui lui conférera le sceau de la puissance publique dans ce nouveau territoire, où il n'avait pas auparavant le droit de l'exercer.

358. Les témoins, les interprètes, les juges, les experts, sont aussi obligés de prêter un serment promissoire.

L'expert qui refuse de prêter le serment d'où dépend la légalité de sa mission n'encourt aucune peine, parce qu'il est libre de ne pas accepter l'expertise. On en nomme un autre dans la place de celui qui refuse. (Art. 316 du Code de procédure.)

Mais il n'en est pas ainsi du témoin. Tout citoyen est rigoureusement tenu de dire la vérité à la justice ; il doit une entière soumission à la loi. *Tout moyen d'en suspendre l'effet est un crime*, dit la loi du 12 prairial an IV. L'action de la justice serait entièrement paralysée, si les témoins, appelés pour l'éclairer, pouvaient, de quelque manière que ce soit, se dispenser de révéler les faits qui sont à leur connaissance. La loi a donc prononcé des peines contre les témoins qui ne comparaîtraient pas. Les art. 263 et 264 du Code de procédure civile prononcent contre les témoins défaillants une amende de 100 fr., à laquelle ils peuvent être condamnés par corps, outre une somme de 10 fr. au profit de la partie.

L'art. 80 du Code d'instruction criminelle prononce la même peine contre les témoins défaillants.

Le témoin qui comparaît, mais qui refuse de déposer ou de prêter le serment, sans lequel sa déposition ne peut être reçue, ne désobéit pas moins à la loi que celui qui ne comparaît pas ; il lui désobéit même en face de la justice : il doit donc être soumis à la même peine. C'est l'opinion de Merlin (2); elle nous paraît fondée sur une conséquence nécessaire de la loi.

Les jurés qui refuseraient le serment que la loi exige d'eux devraient également être soumis à l'amende de 500 francs prononcée contre les défaillants par l'art. 396 du Code d'instruction criminelle.

Du serment affirmatif.

359. Le serment affirmatif, le seul dont parle la section qui nous occupe, est appelé par les jurisconsultes *jusjurandum assertorium*. Nous avons dit, n° 349, en quoi il diffère du serment promissoire.

Le serment affirmatif est *extrajudiciaire* ou *judiciaire*. Le premier est celui qu'une partie défère à l'autre, hors jugement, et de la prestation duquel elle fait dépendre le sort d'un différend non encore porté en justice.

Il peut être déféré en vertu d'une convention, ou même sans convention.

360. Mais dans ce dernier cas, celui à qui il est déféré ne peut être forcé à le prêter. La justice peut seule imposer cette obligation. Et si le serment extrajudiciaire, déféré sans convention, était référé, celui à qui il serait référé ne pourrait également être forcé à le prêter.

361. Au contraire, si le serment extrajudiciaire a été déféré par une convention faite entre les parties, celui qui doit le prêter d'après la convention peut être forcé de le prêter, et ne peut s'en dispenser même en le référant à l'autre partie; ce serait changer la condition de la convention: *Jusjurandum quod ex conventione extra*

(1) L'arrêt est rapporté, *Rep.*, v° *Serment*, § 1, art. 1, n° 4 (édit. Tarlier, t. 31, p. 16).

(2) *Voy.* le *Répertoire*, v° *Serment*, § 2, art. 4 (édit. Tarlier, t. 31, p. 34).

judicium defertur, referri non potest, dit le jurisconsulte Paul, L. 17, ff. *de jurejur.*, 12, 2.

362. Une pareille convention est évidemment une véritable transaction conditionnelle. Il s'est élevé entre vous et moi un différend au sujet d'une somme de 1,000 fr. que je vous demande, et que vous prétendez ne pas me devoir. Avant de porter cette affaire en justice, nous nous rapprochons. Je propose de renoncer à mes prétentions et de vous tenir quitte, si vous voulez, en présence d'amis communs, jurer dans votre âme et conscience que vous ne me devez rien. Vous acceptez la condition, et promettez de votre côté de me payer la somme, si vous ne prêtez pas le serment convenu. Un pareil acte est réellement une transaction faite sous la condition potestative que vous prêterez le serment. Vous ne pouvez plus changer la condition convenue, en me référant le serment; vous êtes rigoureusement astreint à le prêter, ou à me payer les 1,000 fr. Si vous refusez, je pourrai vous contraindre, par les voies judiciaires, ou à prêter le serment, ou à me payer les 1,000 fr.; *jurare aut solvere cogam.* De semblables conventions sont rares, mais non pas sans exemple.

363. On en trouve un exemple remarquable dans le serment déféré devant le bureau de paix, par l'une des parties à l'autre. Elles ne sont obligées d'y comparaître que pour éviter par la voie de la conciliation, s'il est possible, le malheur d'entrer en jugement. Le serment déféré au bureau de paix est donc un serment extrajudiciaire. L'art. 55 du Code de procédure porte, à cet égard, que « si l'une des parties défère le » serment à l'autre, le juge de paix le recevra, » ou fera mention du refus de le prêter (1). »

Ainsi, d'après les principes ci-dessus posés, celle des parties à qui le serment est déféré en bureau de paix n'est point obligée de le prêter. La justice seule peut imposer cette obligation. Or le juge de paix ne fait point à ce bureau les fonctions de juge, mais de simple médiateur. Il ne peut dire comme le juge : *Jurare aut solvere cogam.* (L. 34, § 6, ff. *hoc tit.*, 12, 2.) Il n'a de mission que pour aider à la conciliation, sans pouvoir rien ordonner. Et si celui à qui le serment est déféré le refuse, le juge de paix doit se borner à faire *mention du refus.*

Et il ne faut pas appliquer à ce refus la disposition de l'art. 1361, qui porte que celui auquel le serment est déféré, et qui le refuse, doit succomber dans sa demande ou dans son exception. Cet article n'est applicable qu'au serment décisoire, déféré ou référé devant le juge qui doit connaître du différend des parties. Ce n'est que dans ce cas seulement que celui qui refuse de prêter le serment ou de le référer doit succomber, et non dans le cas du serment déféré, et refusé en bureau de paix, parce qu'un tel refus n'est pas autre chose qu'un refus de se concilier, ainsi que l'a sagement décidé la cour de cassation, dans un arrêt du 17 juillet 1810.

Celui qui l'avait déféré ne peut donc s'en prévaloir devant le tribunal civil; il peut seulement déférer de nouveau le même serment, que son adversaire ne peut alors impunément refuser de prêter ou de référer; comme aussi la délation du serment, n'ayant point été acceptée en bureau de paix, peut être rétractée au tribunal civil.

Mais si, au lieu de refuser la délation, celui auquel le serment est déféré l'accepte, il se forme, par cette acceptation, une convention parfaite, dont le juge de paix est autorisé à constater l'exécution, en recevant le serment, dont la prestation produit les mêmes effets que celle du serment judiciaire décisoire, c'est-à-dire que celui qui l'a déféré succombe, sans pouvoir être reçu à prouver la fausseté du serment : et cela, non par l'application de l'art. 1361, qui, comme nous l'avons vu, n'est pas applicable au serment déféré en bureau de paix, mais en vertu de la transaction par laquelle les parties sont convenues mutuellement de s'en rapporter à la condition du serment; condition et convention dont le juge de paix a la mission légale d'attester l'exécution et l'accomplissement, par les articles 54 et 55 du Code de procédure, dont le premier porte que les « conventions des parties, » insérées au procès-verbal, ont force d'obligations privées; » et le second, « que le juge de » paix recevra le serment, s'il est déféré et ac- » cepté. »

Du serment affirmatif judiciaire.

364. « Le serment judiciaire est de deux es- » pèces :

» 1° Celui qu'une partie défère à l'autre, pour » en faire dépendre le jugement de la cause : il » est appelé décisoire;

» 2° Celui qui est déféré d'office par le juge à » l'une ou à l'autre des parties. » (Art. 1357.) Les auteurs l'appellent serment *supplétif.*

---

§ 1er. *Du serment décisoire.*

SOMMAIRE.

365. Le serment décisoire est aussi une véritable transaction conditionnelle. Développement.

366. On peut, jusqu'à l'acceptation, rétracter la délation ou la relation du serment.

367. Le droit romain défend à celui qui a rétracté sa délation du serment, de le déférer une seconde fois. Il ne paraît pas que cette disposition doive être suivie en France.

368. Point de transaction, si celui à qui le serment est

(1) *Voy.* Dalloz, vo *Serment*, no 54 ; Duranton, t. 8 (XV, éd. fr.), no 567 ; Rolland, nos 8 et 10.

365. On voit, par la définition même qu'en donne le Code, que le serment judiciaire décisoire a, comme l'extrajudiciaire, le véritable caractère d'une transaction. La délation du serment est un acte entièrement libre de la volonté de celui qui le défère; c'est une offre qu'il fait à son adversaire. Si c'est le demandeur qui le défère, il dit implicitement mais nécessairement: « Si vous voulez jurer que vous ne me devez rien, que vous m'avez payé ce que je demande, je vous tiendrai quitte. »

Et si c'est le défendeur: « Je vous payerai ce que vous me demandez, si vous voulez jurer que je vous le dois réellement. »

Si celui à qui le serment est déféré accepte les offres conditionnelles qui lui sont faites, il y a évidemment convention parfaite par le concours des deux volontés. Il ne reste plus que l'accomplissement de la condition potestative, sous laquelle les offres ont été faites; et comme cette convention a pour objet de terminer un procès, c'est une véritable transaction conditionnelle, qui même a plus de force qu'un jugement, dont on peut se porter appelant. Le jurisconsulte Paul a donc raison de dire que le serment renferme une transaction: *Jusjurandum speciem transactionis continet, majoremque habet auctoritatem quam res judicata* (1). (L. 2, ff. *de jurejur.*, 12, 2.)

Ce principe est répété dans une foule d'autres lois (2), et reconnu par tous les auteurs (3).

366. La convention n'étant parfaite que par l'acceptation des offres, elles peuvent être rétractées jusqu'au moment de l'acceptation. C'est un principe général, également applicable à la délation du serment, qui, n'étant pas autre chose qu'une offre, ne peut plus être rétractée après l'acceptation. « La partie qui a déféré ou *référé* » le serment ne peut plus se rétracter, lorsque » l'adversaire a déclaré qu'il est prêt à faire ce » serment, » dit l'art. 1364.

Celui qui a déféré le serment ne peut donc se rétracter avant que son adversaire ait consenti

(1) *Majorem; quia a re judicata appellare potest*, dit Cujas sur cette loi.

(2) Lois 31 et 33, § 1, *de jurejurando*, 12, 2; L. 21, ff. *de dolo*, 4, 3, *et alibi passim.*

(3) Voet, in tit. *de Jurejurando*, n° 25; Huberus, *ibid.*, n° 8; Pothier, *des Obligations*, n°s 822 et suiv. *Voy.* Rolland, v° *Serment judiciaire*, n° 4.

à le prêter. Il en est de même de celui qui réfère le serment; il peut se rétracter jusqu'à l'acceptation de celui qui le lui avait d'abord déféré, en lui notifiant qu'il préfère le prêter lui-même.

567. La loi romaine (1) ne permet plus à celui qui a rétracté la délation de serment qu'il avait faite à son adversaire, de le lui déférer une seconde fois. Justinien trouvait en cela absurdité et injustice : *Satis enim absurdum est redire ad hoc, cui renunciandum putavit, et cum desperavit alium probationem, tunc denuo ad religionem convolare, et judices nullo modo eos audire ad tales iniquitates venientes.*

On ne trouve point de pareille disposition dans notre Code, quoiqu'elle soit rappelée par Pothier, guide ordinaire des rédacteurs. Il nous paraît qu'on doit en conclure qu'ils ne l'ont pas adoptée. On ne voit, en effet, ni absurdité ni injustice à revenir à une seconde délation de serment, après avoir rétracté la première. On ne peut en cela voir tout au plus que légèreté; mais cette légèreté, ne causant aucun préjudice à celui à qui le serment est déféré une seconde fois, ne l'autorise pas à refuser d'être juge dans sa propre cause : *Manifestæ turpitudinis est et confessionis nolle jurare*, etc.

L'esprit de notre Code est de donner la plus grande latitude à la délation du serment décisoire, le grand moyen de terminer les procès, *maximum remedium expediendarum litium*. (L. 1, ff. *de jurejurando*, 12, 2.) Il semble donc que les juges excéderaient leurs pouvoirs, en rejetant la seconde délation de serment de la part de celui qui aurait rétracté la première (2).

568. Si celui à qui le serment est déféré n'accepte pas la condition ou l'offre du serment, il n'y a point, à la vérité, de convention ni de transaction, puisqu'il n'y a pas concours des deux volontés; mais alors la loi, d'accord avec la raison, condamne celui qui refuse la condition du serment : *Ait prætor : Eum a quo petetur solvere aut jurare cogam; alterum itaque eligat reus, aut solvat aut juret : si non jurat, solvere cogendus erit a prætore.* (L. 34, § 6, ff. *de jurejurando*, 12, 2.)

569. La loi indulgente accorde même une autre faculté à celui qui ne voudrait pas jurer; elle lui permet de référer le serment à son adversaire : *Datur est alia facultas reo, ut si malit referat jusjurandum.* (L. 34, § 7.)

Notre Code a suivi ces principes dans l'article 1361 : « Celui auquel le serment est déféré, » qui le refuse ou ne consent pas à le référer à » son adversaire, ou l'adversaire à qui il a été » référé, et qui le refuse, doit succomber dans » sa demande ou dans son exception. »

570. Il est vrai que, suivant l'art. 1362, « le » serment ne peut être référé, quand le fait qui » en est l'objet n'est pas celui des deux parties, » mais est purement personnel à celui auquel le » serment avait été déféré. »

Mais c'est qu'alors il est inexcusable de refuser le serment sur un fait qui lui est purement personnel. De quel front pourrait-il s'en dispenser, et se plaindre qu'on le fasse témoin et juge dans sa propre cause? Il doit la vérité à la justice, même sans qu'il soit nécessaire de lui déférer le serment. Dans le cas d'un interrogatoire, ordonné sur la demande d'une partie ou d'office par le juge, le refus de répondre, ou le silence, est considéré comme un aveu, et les faits sont tenus pour avérés, quoiqu'on ne fasse pas dépendre le sort du procès des réponses de l'interrogé; à plus forte raison, l'on doit prendre pour un aveu ou une reconnaissance du fait le refus de prêter un serment, dont la prestation deviendrait une preuve en faveur de celui à qui il est déféré. Ce refus ne peut donc être attribué qu'à la honte ou à la crainte de se parjurer, en affirmant un fait dont, au fond du cœur, l'on reconnaît la fausseté. De là, cet axiome avoué par la raison : *Manifestæ turpitudinis est, et confessionis, nolle nec jurare, nec jusjurandum referre.* (L. 38, ff. *de jurejur.*, 12, 2.)

571. Après avoir examiné en quoi consiste le serment, le fondement de la preuve qui en résulte, et le caractère de la délation de serment, il faut voir sur quoi, par qui, à qui, en quels cas, quand il peut être déféré, et les effets qu'il produit.

Un premier principe, en matière de serment judiciaire et décisoire, est « qu'il ne peut être » déféré que sur un fait personnel à la partie à » laquelle on le défère. » (Art. 1359.)

La raison dit assez que je ne saurais être contraint d'affirmer, par serment, ce qui est du fait d'une autre personne, quand même je serais son héritier ou son ayant cause; car, si je ne puis ignorer mon propre fait, je puis ignorer celui de la personne à qui j'ai succédé : *Hæredi ejus cum quo contractum est jusjurandum deferri non potest.* (Paul, *Sentent.*, II, 1, 4.)

572. Cependant, comme je puis aussi ne pas l'ignorer, on peut me déférer le serment sur le point de savoir si ou non j'en ai connaissance. Je vous demande une somme de 1,000 fr., que vous deviez à mon auteur. Vous prétendez la lui avoir payée. Vous pouvez me déférer le serment sur le point de savoir si je n'ai pas connaissance de ce payement; car cette connaissance m'est personnelle. (Pothier, n° 915) (3).

573. Si, comme on n'en peut douter, la délation et l'acceptation du serment décisoire con-

(1) L. 11, Cod., *de reb. cred. et jurejur.*, 4, 1.

(2) Mais *voyez* Duranton, n° 1500 ; Dalloz, t. 21, p. 274, n° 18.

(3) Éd. Tarlier, t. 1, p. 271; Duranton, t. 7 (XIII, éd. fr.), n° 560 ; Holland, n°s 22, 23, 24.

tiennent une véritable transaction, par laquelle, d'un côté, celui qui le défère renonce, sous la condition du serment déféré, à un droit qu'il prétendait lui appartenir, et par laquelle, de l'autre côté, celui qui l'accepte contracte, sous la même condition, une obligation qu'il déniait, et qui n'était pas prouvée, il en résulte nécessairement que, pour déférer le serment, comme pour l'accepter, il faut avoir la capacité de disposer des droits ou des choses qui sont l'objet de la transaction. (Art. 2045, § 1.) « Comme on » fait dépendre du serment décisoire, dit très- » bien Pothier, n° 915, la décision de la contes- » tation et du droit des parties, il s'ensuit qu'il » n'y a que ceux qui ont la disposition de leurs » droits qui puissent déférer ce serment, et » auxquels il puisse être déféré (1). »

374. En suivant les conséquences de ce principe, il deviendra facile de connaître sûrement par qui, à qui, sur quoi le serment peut être déféré.

1° Il faut que ce soit sur un fait personnel à celui à qui on le défère.

2° Il faut que le droit que l'on fait dépendre de la condition du serment soit du nombre de ceux dont celui qui le défère et celui qui l'accepte peuvent disposer librement (2).

375. Ainsi, le mineur et l'interdit ne peuvent déférer le serment, parce qu'ils n'ont pas la libre disposition de leurs droits.

Ainsi, la femme mariée ne peut déférer ni accepter le serment, sans y être autorisée par son mari.

Ainsi, l'individu soumis à la direction d'un conseil judiciaire ne peut, sans l'avis de son conseil, déférer le serment sur les droits dont il n'a pas la libre disposition.

Mais le majeur qui aurait déféré le serment à un mineur, à un interdit ou à une femme mariée, ne pourrait leur opposer leur incapacité pour faire annuler le serment. (Art. 1125.)

Et par la raison contraire, le mineur émancipé, la femme séparée de biens, l'individu pourvu d'un conseil judiciaire, peuvent déférer le serment sur les droits dont ils ont la libre disposition.

Ainsi, le mandataire ou procureur *ad negotia*, même pourvu d'un mandat général (art. 1987, 1988 et 1989), ni l'avoué ou procureur *ad lites* (art. 352 du Code de procédure), ne peuvent déférer ni accepter le serment ; car le serment renferme une transaction, et la transaction une aliénation : *Inest enim transactioni alienatio*.

Ainsi, le tuteur ne peut déférer le serment pour le mineur ou l'interdit, qu'en suivant les formes prescrites par l'art. 467 pour les transactions. Son incapacité, pour transiger et déférer le serment, est un point très-ancien dans le droit français. L'art. 509 de notre coutume de Bretagne portait : « Ainsi ne peut, ledit tu- » teur ou curateur, compromettre, transiger, » déférer le serment décisif ès causes héritelles » et de meubles riches et précieux, *sans l'avis* » *de parents* et décret de justice (3). »

376. Néanmoins, il y a des cas où la délation de serment peut ne pas excéder les bornes de l'administration, comme lorsqu'il s'agit de régler les comptes d'un fermier, etc. C'est ce que fait entendre l'article cité de la coutume de Bretagne. C'est à ce cas qu'il faut appliquer la décision de la loi 17, § 3, ff. *de jurejur.*, 12, 2 (4).

377. Quant aux majeurs qui ont la pleine disposition de leurs droits, l'art. 1358 porte : « Le serment décisoire peut être déféré sur » quelque contestation que ce soit. »

Mais il ne paraît pas douteux que cette disposition trop générale doit être modifiée par celle de l'art. 2045, qui porte que, « pour » transiger, il faut avoir la capacité de disposer » des objets compris dans la transaction. »

Il est incontestable que le serment contient, comme nous l'avons prouvé, une véritable transaction. Ainsi, pour rendre parfaitement exacte la disposition de l'art. 1358, il faut dire : « Le serment décisoire peut être déféré sur » quelque contestation que ce soit, *sur laquelle* » *on peut transiger*. »

Remarquez que nous ne disons pas sur laquelle on peut *compromettre*; car, quoiqu'il soit, sans contredit, moins dangereux de compromettre que de déférer le serment, puisque, dans la compromission, la décision est remise à des tiers désintéressés, du jugement desquels on peut même appeler, tandis que, dans la délation de serment, on la remet à son adversaire même qui est aussi constitué juge souverain et en dernier ressort dans sa propre cause, il n'en est pas moins vrai que « *le pouvoir de transiger* » ne renferme pas celui de compromettre. » (Art. 1989.) On peut terminer par transaction un grand nombre de contestations, sur lesquelles on ne peut compromettre.

C'est un principe fort ancien, qu'on trouve

---

(1) Duranton, t. 7 (XIII, éd. fr.), n°s 584, 585 à 591 ; Delvincourt, t. 2, p. 630, notes ; Rolland, n°s 10 et 11 ; Dalloz, v° *Serment décisoire*, n° 62.

(2) C'est un principe universellement reconnu. Boehmer, *Jus eccl. protest.*, in tit. 10, *de Jurejur.*, dit :

« Locum habet hæc delatio tantum in rebus privati arbitrii, et de quibus transigi potest libere, cum revera per hujusmodi delationem transigatur. » (L. 31, ff. *de jurejur.*, 12, 2. Leg. fin., Cod., *de reb. cred.*, 4, 1.)

« Adeoque de quibus transigi nequit in iis nec delationi juramenti locus est. »

Voy. aussi Voet, *hoc. tit.*, n° 8; Huberus, *hoc. tit.*, n° 8.

(3) *Voy.* Delvincourt et Rolland, *loc. cit.*

(4) Elle porte :

« Procurator quoque quod detulit, ratum habendum » est ; scilicet, si aut universorum bonorum administra- » tionem sustinet, aut si id ipsum nominatim mandatum » sit, aut si in rem suam procurator sit. »

établi dans les lois romaines. Elles permettent de transiger sur les questions d'état ou actions préjudicielles, *in quibus de statu et conditione agitur* (1). Et cependant on ne pourrait valablement compromettre sur ces sortes de questions, ainsi que nous l'apprend le jurisconsulte Paul, dans la loi 32, § 7, ff. *de receptis*, 4, 8, qui nous indique en même temps la raison de différence : *De liberali causa compromisso facto, recte non compelletur arbiter sententiam dicere, quia favor libertatis est, ut majores judices habere debeat. Eadem dicenda sunt, sive de ingenuitate, sive de libertinitate quæstio sit, etsi ex fideicommissi causa libertas deberi dicatur. Idem dicendum est in populari actione.*

Ainsi, de ce qu'il est défendu de compromettre sur telle affaire, il ne faut pas conclure qu'on ne peut la terminer par transaction ou par la délation du serment décisoire. La défense de transiger n'est et ne peut être fondée que sur l'impuissance de disposer de l'objet en contestation. La défense de compromettre vient d'une autre considération qui tient à l'ordre public; c'est que si les parties n'ont pu s'accorder et transiger, comme c'est toujours le vœu de la loi, s'il leur faut absolument des juges, la faveur et l'importance de certaines causes exigent qu'elles soient décidées et jugées avec plus de solennité, *per majores judices*. La loi déclare les arbitres, ou les juges privés, incompétents pour en connaître.

Au contraire, la transaction est la voie la plus désirable de terminer toute espèce de contestation. Celui qui peut former une action ou une demande a aussi le pouvoir d'y renoncer ou de l'abandonner en tout ou partie, c'est-à-dire de transiger. Aussi, la loi des Douze Tables ratifiait, sans distinction, les transactions faites par les parties sur quelque contestation que ce fût : *Rem uti pacunt orato* ou *ratum esto* (2).

378. On ne conçoit guère que l'incapacité personnelle de former une demande puisse empêcher de transiger sur celle que l'on a formée (3). Cependant, par des considérations d'intérêt public, la loi peut défendre de transiger en certains cas. Les séparations entre époux, soit de corps, soit de biens, en présentent un exemple. Le Code civil, conforme à notre ancienne jurisprudence, déclare nulles les séparations volontaires ou par consentement mutuel. (Articles 307 et 1443.) Il en résulte que l'on ne peut consentir à une séparation par transaction.

Et par une conséquence ultérieure, il faut dire que si la femme n'avait pas la preuve des faits qui motivent sa demande en séparation, elle ne pourrait déférer à son mari le serment décisoire sur ces mêmes faits (4); car l'aveu qu'il en ferait ne pourrait avoir aucune force (art. 870 du Code de procédure), quand même il n'y aurait pas de créanciers intéressés à empêcher la séparation. Le jugement qui prononcerait une séparation sur le serment par lequel le mari aurait avoué les faits serait donc nul, et pourrait être attaqué par tous ceux qui seraient intéressés à le faire annuler (5).

379. Hors le cas où la loi le défend, le serment peut être déféré dans quelque espèce d'instance civile que ce soit, au possessoire comme au pétitoire; sur les causes personnelles et sur les réelles. Il peut l'être toutes les fois que le demandeur croit ne pas avoir une preuve suffisante du fait qui sert de fondement à sa demande, ou à son exception. Enfin, il peut l'être quand même il n'aurait absolument aucune preuve, ni commencement de preuve. « Il peut » être déféré, dit l'art. 1360, en tout état de » cause, et encore qu'il n'existe *aucun commencement de preuve* de la demande ou de l'exception sur laquelle il est provoqué (6). »

Quelques docteurs ont soutenu que la délation de serment ne doit pas être admise, sur un fait particulier à celui auquel il est déféré, parce qu'alors il ne peut être référé, et que cependant les lois romaines, ainsi que notre Code

(1) La loi dernière au Code, *de transact.*, 2, 4, dit :

« Jubemus in omnibus litigiis jam motis et pendentibus, seu postea super servili vel adscriptitia conditione movendis; transactiones celebrandas et celebratas... vires suas obtinere ; nec ob hoc videri tenorem earum titubari, quod pro conditione servili vel adscriptitia confectæ sunt. »

(2) *Voy.* le Commentaire de Bouchaud sur la loi des *Douze Tables*, t. 1, p. 261, 1re édit., et les auteurs qu'il cite ; Rolland, vo *Serment judiciaire*, no 17 ; Dalloz, vo *Serment décisoire*, no 17.

(3) Nos lois, de même que les lois romaines, ne défendent point de transiger sur les questions d'état. Ainsi, rien n'empêche de déférer le serment sur les faits dont dépend leur décision. Par exemple, l'enfant légitime, dont l'état a été supprimé, et qui réclame pour mère une femme mariée, doit prouver deux choses :

1o Qu'elle est accouchée dans tel temps ;

2o Qu'il est le même enfant dont elle est accouchée.

Il peut déférer le serment à celle qu'il réclame pour mère, sur le point de savoir s'il n'est pas vrai qu'elle mit au monde un enfant de tel sexe à l'époque indiquée.

Mais l'enfant naturel ne pourrait pas déférer un pareil serment à celle qu'il réclamerait pour mère.

Voyez ce que nous avons dit, t. 1, nos 944 et suiv. Ce serait lui déférer le serment sur son propre déshonneur ; ce qui n'est pas permis dans nos mœurs. *Voyez* Voet, *hoc tit.*, no 10 ; Ant. Fab., Cod., lib. 4, tit. 1, defin. 43.

(4) *Voy.* le *Répertoire*, vo *Serment* (édit. Tarlier, t. 31, p. 24) ; Grenoble, 19 juillet 1838.

(5) Merlin, vo *Serment*; Duranton, t. 7 (XIII, éd. fr.), no 574 ; Solon, no 164 ; Dalloz, vo *Serment décisoire*, no 23 ; Favard, vo *Serment*, sect. 3, § 1er, no 4.

(6) Quelques docteurs en avaient douté. *Voy.* Pothier, no 914 (édit. Tarlier, t. 1, p. 272.) Leur opinion avait été rejetée. Notre article ne permet plus de doute sur ce point.

civil, accordent à celui à qui le serment est déféré la faculté de le référer. Pothier, n° 915, a fort bien démontré que cette opinion est sans fondement, parce que personne ne peut se plaindre qu'on le fasse juge dans sa propre cause (1).

380. On avait douté, sous l'ancienne jurisprudence, si le serment peut être déféré contre les obligations consignées dans les actes authentiques, qui forment une preuve complète et qu'on ne peut attaquer que par la voie du faux; par exemple, lorsqu'il est dit que vous avez reçu une somme que je vous ai comptée en présence des notaires, pouvez-vous me déférer le serment sur le point de savoir si la numération m'a réellement été faite? La jurisprudence avait même varié sur ce point (2). Le doute n'était guère raisonnable en Bretagne, où l'art. 293, en proscrivant « l'exception de *pécune non nombrée* » ou de marchandise non livrée, » ajoutait que celui qui s'est obligé pouvait néanmoins requérir et avoir le serment du créancier.

La généralité de l'art. 1360 du Code ne permet point également de douter que le débiteur ne puisse déférer au créancier le serment, sur la réalité de la numération d'une somme, quoique dite comptée en présence des notaires. D'ailleurs, dit fort bien Duparc-Poullain, la numération qui leur a paru réelle et sincère peut n'avoir été que feinte, et il suffit qu'ils puissent avoir été trompés, sans être coupables de faux, pour admettre la ressource du serment entre les parties, sans inscrire l'acte en faux (3).

A plus forte raison, le serment peut être déféré sur ce qui s'est passé ou sur ce qui a été dit avant, lors ou depuis l'acte, sur le sens ou l'intention des parties, dans une clause équivoque ou obscure, sur la simulation d'un acte, etc. (4).

On pensait autrefois qu'un porteur d'endossement n'était pas obligé de se purger, par serment, sur la sincérité de l'ordre passé à son profit; mais aujourd'hui le serment ne peut être refusé dans aucun cas (5). Cela résulte de ce qu'il n'est dérogé, par aucune disposition du Code de commerce, aux art. 1358 et 1360 du Code civil. *Voy.* le *Répert.* v° *Endossement* (6).

381. Si l'on peut déférer le serment sur la vérité des faits attestés dans un acte même authentique, sans l'attaquer de faux, il faut dire aussi qu'on peut le déférer sur la vérité des faits contenus dans une enquête. L'art. 147 de notre coutume de Bretagne le permettait expressément (7).

On ne pourrait certainement pas déférer le serment sur des faits de subornation des témoins ou de faux témoignage; mais le témoin qui n'a pas dit la vérité, ou toute la vérité, n'est pas toujours un faux témoin; il a pu se tromper dans sa déposition, rapporter les faits d'une manière inexacte par défaut de mémoire, parce qu'il ne les a pas bien vus. Telle est souvent la cause de cette affligeante variété qu'on remarque dans les enquêtes. Pourquoi donc refuserait-on la ressource du serment décisoire, qui peut être déféré, suivant l'art. 1360, en tout état de cause, encore qu'il n'existe aucun commencement de preuve? Il serait honteux de refuser le serment sur la vérité d'un fait attesté par un témoin, lorsqu'on a de ce fait une connaissance personnelle.

382. Le serment décisoire peut être déféré *en tout état de cause* (art. 1360), même en cause d'appel, comme en première instance (8); car c'est

---

(1) Pothier, n° 821, t. 1er, *des Obligations*; Rolland, v° *Serment judiciaire*; Duranton, t. 7 (XIII, éd. fr.), n° 596.

(2) *Voy.* les *Principes du droit* de Duparc-Poullain, t. 9, p. 437.

(3) Delvincourt, t. 2, p. 388, pense que si le fait sur lequel le serment est déféré est contraire aux faits certifiés dans l'acte, le serment ne pourrait être déféré qu'autant que le défendeur se serait inscrit en faux, parce que, si l'article 1360 dit que le serment peut être déféré, quand même il n'existerait aucun commencement de preuve de l'exception, il faut au moins qu'il ait été proposé une exception. Or, dit-il, *on ne peut proposer d'exception contraire aux faits attestés dans un acte authentique, qu'en s'inscrivant en faux.*

Cette dernière proposition est inexacte. L'article 1319 du Code dit bien que l'acte authentique fait *pleine foi*, etc.; mais il ne dit pas, et nulle autre loi ne le dit, qu'on ne peut proposer d'exception contre la foi due à cet acte. On peut certainement opposer par exception qu'il est simulé, quoique le notaire en atteste la réalité. Pourquoi donc, quand il atteste la numération des espèces en sa présence, ne pourrais-je pas vous opposer qu'elles ne m'ont pas été réellement comptées, et vous déférer le serment sur ce point? Nous préférons donc la doctrine de Duparc-Poullain et de la coutume de Bretagne.

(4) Celui contre qui l'on poursuit l'exécution d'une obligation peut, lors même qu'il en existe une reconnaissance écrite de sa propre main, déférer à son adversaire le serment décisoire sur la réalité de cette obligation. Brux., 2 mai 1829 (*Jur. de Belgique*, 1829, 2, 74).

(5) Il n'est pas dérogé, par le Code de commerce, aux dispositions des art. 1358 et 1360 du Code civil, qui permettent de déférer le serment décisoire sur quelque espèce de contestation que ce soit, et encore qu'il n'existe aucun commencement de preuve de la demande ou de l'exception sur laquelle il est provoqué.

Ainsi l'accepteur d'une lettre de change ou d'un billet à ordre est recevable à déférer, à celui qui en est porteur en vertu d'un endossement régulier dans la forme, le serment sur le fait de savoir s'il en a réellement fourni la valeur, et s'il en est le vrai propriétaire. Brux., 1er février 1827 (*Pasicrisie belge*, à cette date).

(6) Édit. Tarlier, t. 10, p. 281; Delvincourt, t. 2, p. 629, notes; et Duranton, t. 7 (XIII, éd. fr.), n° 579; Solon, n° 162; Rolland, v° *Serment judiciaire*, n° 20; Dalloz, t. 21, p. 276; Brux., 2 mai 1829.

(7) Cet article porte :

« La preuve qui est faite par deux témoins est suffi-
» sante, et néanmoins pourra être pris le serment de
» la partie que ses témoins ont dit vérité, si requis
» est »

(8) Voir dans ce sens, Colmar, 18 avril 1806; Brux., 20 avril 1826; Duranton, t. 7 (XIII, éd. fr.), n° 579; Boncenne, t. 1er, p. 129, n° 100.

un moyen de prouver la demande originaire; et s'il n'est pas permis de former de nouvelles demandes en cause d'appel (art. 464 du Code de procédure), il est toujours permis d'y faire valoir des moyens nouveaux, d'y proposer des preuves nouvelles ou omises en première instance (1).

383. La prestation du serment devient, en faveur de celui qui l'a prêté, une preuve irréfragable de libération, qui tient lieu de payement : *Vicem solutionis obtinet, est acceptilationi simile.* (Lois 27 et 40, ff. *de jurejur.*, 12, 2.) Les lois romaines disent aussi que le serment tient lieu d'un jugement (2).

Mais il a plus de force qu'un jugement dont on peut appeler : *majoremque habet auctoritatem quam res judicata.* (L. 2, ff. *hoc. tit.*) Après la prestation, celui qui l'a déféré ou référé ne peut plus, sous aucun prétexte, reproduire son action en justice (3).

384. Au reste, celui qui a déféré le serment peut dispenser de le prêter l'adversaire qui a déclaré être prêt à le faire, et cette dispense a le même effet que la prestation effective. V. Voet, *in Pandectas, hoc tit.*, n° 23 (4).

385. Si celui à qui le serment a été déféré venait à décéder avant de l'avoir prêté, sans en avoir été dispensé, la délation de serment demeurerait comme non avenue, parce que la condition ne serait pas accomplie, et que le défaut d'accomplissement ne viendrait pas de la faute de celui qui avait déféré le serment (5).

C'est le principe général qui s'applique au serment supplétif, aussi bien qu'au serment décisoire, mais dont l'application est soumise à une distinction.

Si le défunt avait, sans motifs légitimes, retardé de prêter le serment et de déclarer qu'il était prêt à le faire, et, à plus forte raison, s'il avait été mis en demeure, nul doute que le serment doive être tenu pour non prêté, et, en conséquence, si c'est un serment décisoire, la délation est comme non avenue, les choses rentrent dans l'état où elles étaient auparavant. S'il s'agit d'un serment supplétif déféré au demandeur, les sommes qui lui avaient été adjugées sous cette condition doivent être déclarées ne lui être pas dues, sans que ses héritiers puissent être admis à prêter le serment. Le juge peut seulement déférer au défendeur le serment supplétif qu'il avait d'abord déféré au demandeur.

Si c'est le défendeur qui décède sans avoir prêté le serment supplétif qu'on lui avait déféré, sa succession doit être condamnée de payer les sommes demandées, en déférant toutefois le serment supplétif au demandeur; car c'est par la faute du défendeur qu'a défailli la condition de sa libération.

Si, au contraire, le serment n'a pas été prêté par la faute de l'adversaire de celui à qui il était déféré; s'il n'a pas tenu à ce dernier de le prêter; par exemple, s'il en a été empêché par des appels, des requêtes civiles ou des subterfuges de son adversaire, le serment doit être tenu pour prêté.

Cette distinction, conforme aux principes sur l'accomplissement des conditions, est aussi conforme à l'ancienne jurisprudence des arrêts (6).

Le serment devrait également être tenu pour prêté, si celui à qui il était déféré avait déclaré être prêt à le faire, et mourait sans qu'on pût lui reprocher aucun retardement (7).

La mort de celui qui avait déféré le serment, arrivée avant que son adversaire eût accepté la condition, autorise ses héritiers à rétracter la délation, comme il pouvait le faire lui-même, jusqu'à l'acceptation (art. 1364); car ils succèdent à tous ses droits.

386. Après la prestation du serment déféré ou référé, tout est irrévocablement consommé. On n'a plus à rechercher si le débiteur devait réellement, mais seulement s'il a rempli, par son serment, la condition de la transaction : *Dato jurejurando, non aliud quæritur quam an juratum sit; remissa quæstione, an debeatur.* (L. 5, § 2, ff. *hoc tit.*, 12.)

Celui qui a déféré ou référé le serment n'est plus recevable à en prouver la fausseté (art. 1363), même sous prétexte de parjure : *Causa jurejurando, ex consensu utriusque partis, vel adversario inferente, delato et præstito, vel remisso decisa, nec perjurii prætextu retractari potest.* (L. 1, Cod., *de rebus creditis et jurejur.*, 4, 1.)

L'empereur Alexandre pose en principe, avec beaucoup de raison, que ce n'est point à l'homme, mais à Dieu, de venger le parjure : *Jurisjurandi contempta religio satis Deum habet ultorem.* (L. 2, *ibid.*)

387. Cependant, l'art. 366 du Code pénal punit celui à qui le serment aura été déféré ou

(1) *Voy.* Domat, *Suppl. au droit public*, liv. 4, tit. 8, n° 6. *Voy.* aussi les *Questions de procédure* de Carré, sur l'article 464, quest. 2382-2387 ; Rolland, n° 28 ; Duranton, t. 7 (XIII, éd. fr.), n° 589 ; Delvincourt, t. 6, p. 100.

(2) L. 1, ff. *quarum rerum actio non detur*, 44, 5.

(3) « Si inter ipsos jurejurando transactum sit negotium, non conceditur eamdem causam retractare.» (Lois 31 et 35, § 1, *hoc. tit.* L. 31, ff. *de dolo.*) *Voy.* Solon, n° 170 ; Rolland, n° 38.

(4) Duranton, t. 7 (XIII, éd. fr.), n° 598.

(5) *Voyez* ce que nous avons dit sur l'accomplissement des conditions, t. 3 (VI, éd. fr.), n°s 609 et 610.

(6) *Voy.* le *Dictionnaire des arrêts* de Prost du Royer, t. 3, v° *Affirmation*, p. 382, n° 18 ; Boucheul sur Poitou, art. 76, n° 14.

(7) *Voy.* Voet, in ff., lib. 12, tit. 2, n° 24 ; Dalloz, v° *Serment*, n° 68 ; Rolland, v° *Serment judiciaire*, n° 45 ; Brux., 20 janvier 1829 ; Douai, 26 mai 1814. Carré, n° 511, et Thomine, n° 135, sont d'un avis contraire à Toullier.

référé en matière civile, et qui aura fait un faux serment, de la dégradation civique, peine infamante, qui « consiste dans la destitution et l'ex- » clusion du condamné de toutes fonctions ou » emplois publics, et dans la privation du droit » d'être juré, expert, témoin dans les actes; de » déposer en justice autrement que pour y don- » ner de simples renseignements; d'être tuteur » ou curateur, si ce n'est de ses enfants, et sur » l'avis seulement de sa famille; enfin, déchu » du droit de port d'armes, et de celui de ser- » vir dans les armées du roi. » (Art. 34, *junct.* art. 28 du Code pénal.)

Ce n'est pas que notre législation ait voulu donner aux hommes le soin de venger Dieu, mais le parjure contient un délit envers la société, en ce qu'il blesse ses intérêts par l'exemple d'immoralité et de perversité qu'il donne.

Mais la partie qui a déféré ou référé le serment n'est pas recevable à poursuivre le parjure. Elle serait repoussée par la disposition de l'article 1363, ci-dessus cité, qui ne lui permet pas de prouver la fausseté du serment, après qu'il a été prêté. Cette disposition, conforme à notre ancienne jurisprudence et au droit romain, est fondée sur ce que la délation de serment contient, comme nous l'avons vu ci-dessus, une véritable transaction. Celui qui défère ou qui réfère le serment offre de soumettre le sort de la contestation à la condition de la prestation du serment déféré ou référé; cette offre, suivie d'acceptation, forme entre les parties une transaction parfaite et irrévocable, qui n'est point subordonnée à la vérité du serment, mais au seul fait de sa prestation.

Inutilement celui qui l'a déféré prétendrait-il que la prestation d'un faux serment est un dol; c'est plus qu'un simple dol, c'est un délit; mais ce délit, mais ce dol, n'a point été la cause de ses offres, *non dedit causam contractui*. Sa volonté n'a point été surprise par des manœuvres sans lesquelles il n'eût pas déféré ou référé le serment. Il n'y a donc pas de motif pour rescinder la transaction qui s'est formée par des offres dégagées de toute surprise. Sans doute, s'il avait cru son adversaire capable de faire un faux serment, il ne le lui eût pas déféré ou référé; mais, enfin, il a bien voulu en courir les risques. C'est un danger qu'il pouvait prévoir, et auquel est toujours exposé celui qui défère un serment; et comme il s'y expose sciemment et volontairement, il n'y a pas de motif pour annuler la transaction, à laquelle il doit s'en tenir (1).

388. Mais quoique la loi défende de recevoir l'action de la partie qui demande, pour son intérêt privé, à prouver la fausseté du serment qu'elle a imprudemment déféré, l'intérêt de la société exige que le parjure ne reste pas impuni. Ainsi, le ministère public peut et doit le poursuivre. La seule question qui s'élève à cet égard est de savoir si, lorsqu'il s'agit d'une valeur de plus de 150 fr., il peut prouver par témoins la fausseté du serment, sans un commencement de preuve par écrit.

Il est de principe, à la vérité, que les délits peuvent être prouvés par témoins; c'est même presque toujours le seul genre de preuve que l'on puisse employer pour en découvrir les auteurs; mais d'un autre côté, c'est une maxime générale et fort ancienne (2) que, toutes les fois que la réalité d'un délit suppose l'existence d'un fait antérieur non reconnu, dont la compétence n'est pas des tribunaux criminels, et dont la preuve testimoniale n'est pas admissible au civil, la poursuite de ce prétendu délit n'est pas reçue, s'il n'existe du fait antérieur qu'il suppose un commencement de preuve écrite, qui autorise à compléter la preuve par témoins. Cette maxime s'applique naturellement au crime de parjure, qui suppose toujours un fait civil antérieur, sans la réalité duquel il ne peut exister.

Supposons que je vous demande une somme de 500 fr., en vertu d'un billet. Vous prétendez me l'avoir payée, et vous me déférez le serment sur ce point. Je jure que vous ne m'avez pas payé. Il est bien évident que ce serment ne peut être réputé faux qu'en supposant que vous m'avez réellement payé. Or ce payement est un fait qui n'est pas de la compétence des tribunaux criminels, et dont la preuve par témoins n'est pas admissible au civil, sans un commencement de preuve par écrit. On ne peut donc pas employer la voie criminelle pour faire admettre indirectement une preuve testimoniale réprouvée par la loi.

Inutilement insisterait-on sur ce que l'article 1348, n°1, permet de prouver par témoins *les délits et les quasi-délits*. Le délit, s'il en existe, n'est pas dans le payement que vous prétendez m'avoir fait de la somme de 500 fr., mais uniquement dans la dénégation assermentée de ce payement. Il ne peut être que là.

On pourrait sans doute, en vertu de l'article 1348, prouver cette dénégation par témoins, si elle n'était pas déjà authentiquement consignée dans le jugement qui décerne acte de mon serment.

Mais la preuve de cette dénégation n'emporte pas celle de sa fausseté. Pour la prouver, il faut prouver le fait antérieur du payement, fait pure-

(1) Ce sont les raisons qu'en donne la loi 21, ff. *de dolo*, 4, 3.

« Quod si, deferente me, juraveris et absolutus sis, postea perjurium fuerit approbatum; Labeo ait actionem de dolo in eum dandam; Pomponius autem per jusjurandum transactum videri. Quam sententiam et Marcellus, lib. 8 Digestorum, probat: stare enim religione debet. »

(2) *Voy.* ce que nous avons dit, *supra*, n°s 145, 150 et suiv.

ment civil, et qui ne porte aucun caractère de crime.

Et ce fait, qui ne porte aucun caractère de crime, on n'est pas admis à le prouver par les voies qui sont propres aux faits criminels. N'étant point par lui-même soumis à la preuve testimoniale, il n'y devient pas soumis à raison de ce qu'il est allégué comme ayant précédé un autre fait susceptible de cette preuve.

C'est de la nature individuelle de chaque fait que dépend le genre de preuve dont il est susceptible, et comme sa nature n'est pas changée par cela seul qu'il est suivi d'un second fait auquel peut s'appliquer un autre genre de preuve, la règle qui détermine la manière de le prouver ne peut pas non plus être changée par la survenance de ce second fait.

Ces principes s'appliquent au cas même où c'est par le ministère public, seul et d'office, qu'est poursuivi un délit qui présuppose un fait antérieur, dont la preuve ne peut être légalement faite que par écrit. La cour de cassation l'a ainsi décidé dans un arrêt du 5 décembre 1806 (1), en rejetant la demande du procureur général de la cour de justice criminelle du département d'Indre-et-Loire, en cassation d'un arrêt qui avait déclaré le ministère public non recevable à prouver par témoins un dépôt volontaire, qu'il accusait le sieur Pichonneau d'avoir violé. « Attendu qu'avant de porter aux » tribunaux correctionnels une plainte en vio- » lation de dépôt, il est nécessaire que ce dé- » pôt soit légalement constaté; qu'autrement, » ce serait admettre la preuve testimoniale dans » un cas où la loi l'a expressément prohibée, et » fournir un moyen aussi facile qu'assuré d'é- » luder la loi; que cette règle générale reçoit » son application, soit que le procès criminel » ait commencé sur la plainte de la partie qui » se prétend lésée, soit qu'il n'y ait eu de » plainte et de poursuite que de la part du mi- » nistère public, sans adjonction d'une partie » civile. »

La Cour de cassation a appliqué au cas du parjure les principes que nous venons d'exposer, par deux arrêts, l'un du 5 septembre 1812, l'autre du 17 juin 1813 (2). Voici les considérants de ce dernier arrêt : « Attendu que si les » faits criminels peuvent être prouvés par des » dépositions de témoins, et par tout autre » moyen de conviction, étranger à la preuve qui » résulte des actes écrits, il n'en est pas de même » des fait civils autorisés par la loi civile, et » dont la preuve est assujettie par elle à la pro- » duction d'un acte écrit qui les constate;

» Qu'à l'égard de ces faits, la loi, qui déter- » mine le genre de preuve qui en peut être ad- » mise, étend son empire sur la procédure cri- » minelle, comme sur la procédure civile ; » qu'elle doit être respectée et observée par les » juges criminels, même dans le cas où le fait » autorisé par la loi civile, se liant par des rap- » ports nécessaires et absolus au fait puni par » la loi criminelle, la preuve du fait criminel » ne peut être établie que par celle du fait civil » et doit en être la conséquence, etc. »

Voilà les principes clairement établis par la cour régulatrice (3). Posons donc en principe que lorsqu'il s'agit d'un fait qui n'est pas susceptible de la preuve testimoniale, le ministère public ne peut prouver par témoins la fausseté du serment, sans un commencement de preuve par écrit (4).

389. Ajoutons que, dans le cas où le ministère public parviendrait à se procurer des preuves de la fausseté du serment, et à faire condamner le parjure, celui qui lui avait déféré ou référé le serment n'en demeurerait pas moins irrévocablement déchu de sa demande ou de son exception (5), parce que la délation du serment décisoire, suivie d'acceptation, forme, comme nous l'avons déjà dit, une transaction irrévocable, une transaction conditionnelle, au moyen de laquelle le juge n'a plus à examiner que la seule question de fait, si la condition est accomplie, *an juratum sit*, si le serment a été prêté. Il n'a plus à s'occuper de la question de droit, savoir : si celui à qui était déférée la condition du ser-

---

(1) *Rép.*, vº *Serment.*

(2) Rapportés l'un et l'autre dans le *Répertoire*, *ubi sup.*, avec les savantes conclusions que donna Merlin (édit. Tarlier, t. 31, p. 27).

(3) La cour de Bruxelles, dans un arrêt en cassation, du 15 février 1821, a suivi d'autres principes :

« Elle a décidé que pour statuer sur des intérêts privés » et pécuniaires, bien que, dans le cas d'un faux ser- » ment concernant une chose excédant une somme ou » valeur de plus de 150 fr., le fait civil ou principe » constitutif de la fausseté du serment soit assujetti, dans » la preuve au civil, aux règles prescrites par les susdits » articles, rien n'empêche qu'au criminel et dans l'inté- » rêt public, la preuve de la fausseté du fait civil, ainsi » que du parjure qui en aurait été la conséquence, ne soit » administrée conformément aux règles tracées pour la » procédure criminelle, soit par des dépositions de té- » moins, soit par tout autre moyen propre à opérer la » conviction. »

Voyez dans le même sens, Bruxelles, cass., 25 octobre 1838 (*Jur. de Belg.*, 1839, p. 49).

(4) Mais *voyez* Duranton, t. 7 (XIII, éd. fr.), nº 600.

(5) D'Argentré, sur l'article 171 de l'ancienne coutume de Bretagne, conforme à l'article 1363 du Code civil, fait une exception pour le cas où l'on peut prouver sur-le-champ le parjure par écrit; mais Poullain, dans le Commentaire sur l'article 163 de la *Nouvelle Coutume*, rejette cette exception, et dit sans balancer que le serment a toujours son effet, sans que la partie puisse profiter de la punition de parjure.

Prost du Royer, *Nouveau Dictionnaire des arrêts*, vº *Affirmation*, t. 3, p. 375, est d'une opinion contraire. Nous pensons que l'opinion de Poullain, conforme au droit romain, loi 1, Cod., *de reb. cred.*, 4, 1, est aussi plus conforme à l'esprit de l'art. 1363 du Code civil. *Voy.* aussi Voet, in ff. *de jurejurando*, nº 5.

ment, et qui l'a remplie, doit ou ne doit pas, *an debeatur*. (L. 5, § 2, ff. *de jurejur.*) Il n'a donc point à rechercher si le serment prêté est conforme à la vérité : ce n'est point là la condition de la transaction.

On peut dire cependant que celui qui fait un faux serment commet un dol et même un délit. Il semblerait donc que son adversaire peut lui opposer la fausseté de son serment, comme un dol qui l'autorise à faire rescinder la transaction formée par la délation de serment ; car toute transaction peut être rescindée pour cause de dol (1).

Oui, sans doute, lorsque c'est le dol qui a été la cause déterminante de la transaction : *Cum dolus causam dedit contractui;* mais ce n'est point ici le cas. En vous déférant le serment décisoire, j'ai, il est vrai, espéré, j'ai cru même que vous respecteriez assez la vérité pour ne pas vous parjurer; mais je n'en ai point fait une condition de la délation de serment; je n'ai point dit : Je m'en rapporte à votre serment, s'il est conforme à la vérité, je vous ai dit : Je m'en rapporte au témoignage que vous donnerez sous la foi du serment. Je n'ai pas pu ajouter pour condition, *s'il est conforme à la vérité*. Cette réserve aurait détruit tout l'effet que la loi attend de la délation du serment, et l'aurait rendu illusoire; car il resterait toujours la question de savoir si le serment est faux ou vrai. Il faudrait donc recommencer le procès. Ainsi, une pareille réserve serait diamétralement contraire au but que s'est proposé la loi, en admettant comme preuve juridique la prestation du serment décisoire qu'elle a introduit comme le remède le plus puissant pour étouffer, jusque dans leurs racines, tous les germes du procès : *Maximum remedium expediendarum litium in usum venit jurisjurandi religio*. (L. 1, ff. *de jurejur.*, 12, 2.)

Or, il est bien évident que, loin d'étouffer les germes, la délation du serment ne ferait qu'y ajouter un serment de plus, si elle contenait la réserve d'en prouver la fausseté.

C'est donc avec beaucoup de sagesse qu'après la prestation du serment décisoire, la loi a défendu d'y opposer l'exception du dol, commis par celui qui s'est parjuré : *Adversus exceptionem jurisjurandi, replicatio doli mali non debet dari*. (L. 15, ff. *de except.*, 44, 1.) La raison en est que ce dol n'a point été la cause déterminante de la délation de serment, puisqu'il n'a été commis que depuis (2).

590. Mais si je puis prouver que c'est par un dol personnel que vous m'avez engagé à vous déférer le serment que je ne vous aurais pas déféré sans vos manœuvres, je pourrai me faire restituer contre l'acte par lequel je l'ai déféré. Pothier (3) donne pour exemple d'un dol qui a donné lieu à la délation du serment, la soustraction que vous m'auriez faite du titre qui établit ma créance. Si, sur la demande que je vous ai faite, et faute d'avoir mon titre au soutien, je vous ai déféré le serment, comme c'est en ce cas la soustraction de mon titre, et par conséquent votre dol, qui m'a réduit à le déférer, si je parviens à me procurer la preuve de cette soustraction, je puis me faire restituer contre la délation de serment, en appelant du jugement rendu à votre profit, en conséquence de votre prestation de serment, et conclure à ce que, sans y avoir égard, nous soyons remis au même et pareil état où nous étions avant la délation; et, qu'en conséquence, vu ce qui résulte de la soustraction de mon titre, vous soyez condamné à me payer.

Si le jugement était en dernier ressort, je pourrais me pourvoir par requête civile, pour cause de dol personnel, conformément à l'article 480 du Code de procédure civile.

591. Du principe incontestable que les effets du serment décisoire dérivent de la transaction ou convention formée par la délation, suivie d'acceptation, il résulte qu'il ne peut avoir d'effet qu'entre les parties contractantes, leurs héritiers et ayants-cause, et seulement à l'égard de la chose sur laquelle il a été déféré. C'est donc avec beaucoup de justesse que Pothier, n° 917, applique au serment la disposition raisonnable de la loi 27, § 4, ff. *de pactis*, 2, 14 : *Animadvertendum est ne conventio in alia re facta, aut cum alia persona, in alia re, aliave persona noceat.*

La loi 3 (§ 3, ff. *hoc tit.*) dit aussi que le serment ne peut nuire à des tiers : *Jusjurandum alteri nec nocet, nec prodest.*

L'art. 1365 de notre Code civil a consacré ces principes : « Le serment fait ne forme preuve » qu'au profit de celui qui l'a déféré ou contre » lui, et au profit de ses héritiers et ayants cause » ou contre eux. »

Si donc l'un des héritiers de Caïus me demande sa part d'une somme de 4,000 fr., dont il soutient que mon père était débiteur envers Caïus, et me défère le serment sur la réalité de la dette dont il prétend que j'ai connaissance, le serment négatif que j'aurais prêté formera une preuve contre lui à mon profit, mais non contre ses cohéritiers, ni au profit de mes frères et sœurs, héritiers comme moi de notre père commun. Ainsi, il pourra agir contre eux pour leur part de la dette prétendue de 4,000 fr., sans qu'ils puissent lui opposer le serment que j'ai prêté, *jusjurandum alteri non prodest*, et les autres héritiers de Caïus pourront agir contre moi, sans que je puisse leur opposer le serment que j'ai prêté sur la délation du premier d'entre eux (4).

(1) Duranton, n° 1502.
(2) *Contra*, Solon, n° 173.
(3) N° 919, édit. Tarlier, t. 1, p. 275.)
(4) *Voy.* Voet et Duranton, t. 7 (XIII, éd. fr.), n° 601.

392. Cependant, « le serment déféré au dé- » biteur principal libère également les cau- » tions..., et celui déféré à la caution profite » au débiteur principal. » (Art. 1365.)

« Celui déféré à l'un des débiteurs solidaires » profite aux codébiteurs. » (Même article.)

La raison qu'en donnent les lois romaines, d'où ces dispositions sont tirées, c'est que le serment tient lieu de payement : *Nam jusjurandum loco solutionis cedit.* (Lois 27 et 28, § 1, ff. *hoc tit.*)

« Dans ces deux derniers cas, le serment du » codébiteur solidaire ou de la caution ne pro- » fite aux autres codébiteurs, ou au débiteur » principal, que lorsqu'il a été déféré sur la » dette, et non pas sur le fait *de la solidarité* ou » du cautionnement. » (Art. 1365.)

Si modo ideo interpositum est jusjurandum, ut de ipso contractu et de re, non de persona jurantis ageretur (L. 28, § 1, *hoc tit.*). Car, si la caution a juré seulement qu'elle n'avait pas contracté de cautionnement, le débiteur principal n'en peut tirer avantage; et si l'un des débiteurs solidaires a juré qu'il n'a pas contracté l'obligation, ses codébiteurs n'en peuvent également tirer avantage.

En suivant ces principes, il semblerait que le serment déféré par l'un des créanciers solidaires au débiteur libère également ce dernier envers les autres; car le serment tient lieu de payement, et le payement fait à l'un des créanciers solidaires libère le débiteur envers tous, encore que le bénéfice de l'obligation soit divisible entre les divers créanciers. (Art. 1197.)

Mais comme, à la différence du droit romain (loi 2, ff. *de duobus reis*, 45, 2), l'art. 1198 du Code veut que la remise qui n'est faite que par l'un des créanciers solidaires ne libère le débiteur que pour la part de ce créancier, l'art. 1365 a aussi voulu que le serment déféré par l'un des créanciers solidaires ne libérât celui-ci que pour la part de ce créancier; car la délation du serment décisoire est une véritable remise conditionnelle : je vous tiens quitte, si vous jurez.

393. Le Code n'a point dit expressément que le serment décisoire ne peut, entre les mêmes parties, avoir d'effet qu'à l'égard de la même chose sur laquelle le serment a été déféré : mais le principe, établi dans le droit romain, n'en doit pas moins être observé; car il est conforme à la raison (1). Il en résulte qu'après avoir déféré à mon adversaire le serment sur le fait de savoir s'il avait connaissance d'une dette que son auteur avait contractée envers moi, je puis demander à prouver la réalité de cette dette par un autre genre de preuve, sans qu'il puisse m'opposer le serment qu'il a prêté; car il ne s'agit plus de la même chose. L'objet du serment déféré était la connaissance qu'il pouvait avoir de la dette. L'objet de ma demande actuelle est la preuve que je prétends faire de la réalité de cette même dette, qu'il ne connaissait pas.

394. La loi 11, ff. *hoc titulo*, 12, 2, nous donne un autre exemple de l'application du principe que le serment ne fait preuve qu'à l'égard du fait précis sur lequel il a été prêté. Le possesseur d'un fonds a juré qu'il n'appartenait point au demandeur qui lui déférait le serment, *rem petitoris non esse.* Tant qu'il possédera ce fonds, le défendeur pourra opposer l'exception du serment à celui qui le lui avait déféré; mais, si celui-ci devient à son tour possesseur du même fonds, celui qui a perdu la possession ne pourra plus argumenter de son serment pour revendiquer le fonds; car s'il a juré qu'il n'appartenait point à son adversaire, il n'a pas juré qu'il lui appartenait à lui-même : *Non enim rem suam esse juravit, sed ejus non esse*, dit Ulpien. Il ne peut donc se prévaloir d'un serment dont l'objet n'était pas le même (2).

395. « En général, dit Pothier, n° 917, pour » savoir si ce qu'on demande est la même chose » sur laquelle le serment a été déféré, et qui a » été terminée par ce serment, on peut appli- » quer les règles que nous avons établies pour » savoir quand ce qui est demandé doit être » censé la même chose que ce qui a été décidé » par le jugement intervenu entre les parties. »

396. La prestation du serment tient évidemment de la nature des aveux judiciaires (3). On doit donc appliquer au serment la disposition de l'art. 1356, sur l'indivisibilité de l'aveu. Ainsi l'a décidé la cour de cassation, par un arrêt du 18 janvier 1813, rapporté dans le *Répertoire*, v° *Testament*, sect. 4, § 3.

---

§ II. *Du serment déféré d'office.*

SOMMAIRE.

Delvincourt, t. 2, p. 631, notes; Solon, n° 173; Rolland, n[os] 35-37, 47.

(1) Duranton, n° 1513; Dalloz, t. 21, p. 274, n° 23.

(2) Duranton, t. 7 (XIII, éd. fr.), n° 608, Delvincourt, t. 2, p. 631, note; Dalloz, v° *Serment décisoire*, n° 95.

(3) *Voy.* le *Dictionnaire* de Prost du Royer, v° *Affirmation*, p. 379.

que réprouvent la raison et les principes du droit.

400. L'empire de l'habitude et du préjugé l'ont fait maintenir dans les causes douteuses.

401. Les interprètes ne sont pas d'accord sur ce qu'il faut entendre par causes douteuses. L'opinion de la glose, qui dit que ce sont celles où l'insuffisance des preuves laisse l'esprit du juge dans le doute, a prévalu.

402. Les rédacteurs du Code l'ont suivie sans examen. L'art. 1367 exige, pour la délation, que la demande ne soit pas *pleinement justifiée*, et qu'elle ne soit pas *totalement dénuée de preuves*.

403. La première disposition est un correctif de la doctrine de Pothier, qui pensait que le juge pouvait déférer le serment supplétif, lors même qu'il y avait des preuves acquises.

404. Il ne doit pas être déféré, même sur la demande de l'autre partie, quand la preuve est complète.

405. Un arrêt de la cour de cassation qui le juge ainsi, défendu contre la critique de Duranton.

406. Le serment supplétif pourrait être déféré, si la preuve ne consistait que dans une enquête.

407. Il faut des commencements de preuve écrite pour déférer le serment supplétif au-dessus de 150 francs.

408. Les déclarations faites à l'audience, lors d'un interrogatoire sur faits et articles, et au bureau de paix, en peuvent tenir lieu.

409. Au-dessous de 150 francs, il n'est pas besoin de commencement de preuve écrite; des présomptions suffisent.

410. Mais elles doivent être plus fortes que pour admettre la preuve testimoniale.

411. C'est au reste un point entièrement abandonné à la prudence du magistrat.

412. Est-ce au défendeur ou au demandeur qu'il faut déférer le serment?

413. Dans le doute, c'est au défendeur. On ne peut commettre d'injustice en le lui déférant, quand la preuve de la demande est incomplète.

414. La moralité des personnes et les circonstances de la cause peuvent faire exception au principe.

415. La déposition d'un seul témoin ne suffisait pas, suivant les docteurs, pour déférer le serment supplétif. Elle peut suffire aujourd'hui.

416. *Quid*, de l'aveu extrajudiciaire fait hors la présence du créancier?

417. Les livres des marchands suffisent pour autoriser à leur déférer le serment, ou à le déférer au défendeur, s'ils ne sont pas représentés.

418. Le serment supplétif ne doit pas être admis dans les causes d'une grande importance.

419. Quelles sont ces causes? Les causes d'état, de mariage, en sont un exemple.

420. Le juge ne peut déférer ce serment que sur un fait personnel à celui qui doit le prêter.

421. Il ne peut le déférer aux veuves ou héritiers. Différence à cet égard entre le serment décisoire et le supplétif.

422. Régulièrement, le serment supplétif doit être déféré par interlocutoire ou avant faire droit.

423. Le serment supplétif ne peut être référé. Le juge ne peut changer sa première délation.

424. On peut appeler du jugement qui défère le serment supplétif.

425. Le peut-on, après la prestation du serment? Distinction.

426. On peut prouver la fausseté du serment prêté par pièces nouvellement recouvrées, quand même elles n'eussent pas été retenues par le fait de celui qui l'a prêté.

427. Inexactitude de Pigeau sur ce point.

428. Le délai de l'appel et de la requête civile court du jour où la pièce a été découverte.

429. Comment on peut prouver le jour de la découverte.

397. Le serment déféré d'office est de deux espèces : le serment nommé ordinairement *supplétif*, parce qu'il est déféré pour suppléer à l'insuffisance des preuves, et le serment déféré sur la valeur des choses qui sont l'objet du procès, et que le droit romain appelle serment *in litem*. Nous en parlerons *infra*, nº 430. Nous ne parlerons ici que du serment *supplétif*.

398. Il existe une différence essentielle entre le serment décisoire et le serment déféré d'office, appelé aussi serment supplétif.

La délation du serment décisoire, suivie d'acceptation, forme entre les parties, comme nous l'avons vu, une transaction qui lui donne plus de force qu'à la chose jugée : *Jusjurandum speciem transactionis continet, majoremque habet auctoritatem quam res judicata* (L. 2, ff. *hoc tit.*, 12, 2.).

Il n'est donc plus permis ni d'appeler du jugement rendu sur la prestation de serment, ni de revenir contre la décision, lors même que la fausseté du serment est prouvée.

Au contraire, le serment supplétif, que les interprètes appellent aussi *serment judiciel* ou *nécessaire*, n'a rien de commun avec la transaction.

La délation de ce serment n'est point le fait de la partie; c'est celui du juge, qui peut le déférer sans la consulter, et même malgré son opposition. Il n'a de commun avec le serment décisoire que le danger de confier la décision d'une cause au jugement de la personne intéressée, dans un temps où la dépravation des mœurs est à son comble, les croyances religieuses presque nulles, et où l'intérêt est le dieu caché de la plupart des hommes.

399. Comment donc le législateur, qui a montré avec raison une défiance du témoignage des hommes, même désintéressés, tellement forte qu'il ne permet pas de recevoir leur déposition dans une cause excédant la modique valeur de 150 *francs*, a-t-il pu autoriser le magistrat à constituer l'un des contendants juge et partie dans sa propre cause, sans même en fixer la valeur?

Qu'une des parties puisse déférer le serment décisoire, on le conçoit. Maîtresse de ses droits, elle peut y renoncer : elle peut donc en faire la

remise ou les abandonner, sous une condition dont elle connaît tout le danger. C'est en conséquence de son excessive, mais imprudente confiance, que la loi ne permet pas à l'autre partie de refuser le serment, si mieux elle n'aime le référer : *Manifestæ turpitudinis et confessionis est nolle nec jurare, nec jusjurandum referre.*

D'ailleurs, la délation du serment décisoire est provoquée par la nécessité. Dénué de toute espèce de preuve, un demandeur se trouve réduit à la triste ressource d'abandonner son bon droit à la frêle garantie du serment de son adversaire.

Mais que le magistrat, qui n'a pas le pouvoir de disposer des droits litigieux, mais uniquement de les juger, puisse néanmoins, sans y être forcé, en soumettre la décision au jugement de la partie intéressée, c'est véritablement ce qui a droit d'étonner; c'est, nous osons le dire, ce qui est contraire à la raison; c'est ce que la loi même proclame hautement inique : *Iniquum est aliquem suæ rei judicem fieri*, dit la loi 17, ff. *judiciis*, 5, 1.

Qui donc a pu autoriser le législateur à donner au magistrat un pouvoir aussi exorbitant?

Est-ce la nécessité? est-ce l'expérience des effets salutaires du serment supplétif, pour découvrir la vérité? Non certes; l'expérience n'en a prouvé que les dangers et les mauvais effets. Il y a plus d'un siècle et demi qu'un de nos plus grands magistrats, le président de Lamoignon, disait, en parlant de l'interrogatoire sur faits et articles, toujours précédé du serment de dire vérité, que ceux qui sont interrogés consultent bien moins leur conscience que le palais, sur ce qu'ils ont à dire... et que l'on n'a point vu qu'un homme préparé sur ce qu'il doit répondre, *ait jamais perdu son procès par sa bouche.* C'est bien souvent, ajoute-t-il, l'occasion d'un parjure prémédité, qu'il serait beaucoup meilleur de retrancher (1).

Pothier (2) dit, en parlant spécialement du serment supplétif, qu'il ne conseillerait pas aux juges d'user souvent de cette précaution, *qui ne sert qu'à donner occasion à une infinité de parjures.*

Quand un homme, ajoute-t-il, est honnête homme, il n'a pas besoin d'être retenu par la religion du serment... et quand il ne l'est pas, *il n'a aucune crainte de se parjurer.* Depuis plus de quarante ans que je fais ma profession, j'ai vu *une infinité de fois* déférer le serment, et je n'ai pas vu arriver plus de deux fois qu'une partie ait été retenue, par la religion du serment, de persister dans ce qu'elle avait soutenu.

Ainsi, d'après l'observation des hommes les plus sages et les plus expérimentés, loin de prouver les bons effets du serment supplétif, l'expérience en a démontré les mauvais effets et le danger : elle suggère les raisons les plus fortes pour le faire supprimer.

Serait-ce donc la nécessité qui en a fait maintenir l'usage? Nullement encore. Il suffit de rappeler le cas où le Code le permet, pour être convaincu qu'il n'y a nulle nécessité de recourir au serment supplétif, et que les raisons de droit les plus fortes s'élèvent contre cet usage. L'article 1367 n'en permet la délation que sous deux conditions : 1° que la demande ou l'exception ne soit pas pleinement justifiée; 2° qu'elle ne soit pas totalement dénuée de preuves.

Mais, d'abord, si la demande n'est pas pleinement justifiée, la loi, d'accord avec la raison, dit qu'il faut la rejeter : *Actore non probante, reus absolvi debet.* Il faut même que la preuve soit complète : *Negantes debitores... petitore intentionem suam non implente... absolvi oportet* (3). Le demandeur n'a point à s'en plaindre; il doit savoir que la justice n'accueille aucune demande sans une preuve complète. Si la demande est fondée sur des indices, sur des conjectures ou présomptions assez fortes pour élever des doutes dans l'esprit du juge, mais insuffisantes pour le déterminer; en un mot, s'il reste dans le doute, la raison ne lui prescrit-elle pas de suivre cette antique maxime de sagesse : *Abstiens-toi*, si tu doutes qu'une action soit bonne ou mauvaise; abstiens-toi surtout de condamner sans preuves?

Le doute n'est donc pas un motif raisonnable pour autoriser le juge à s'en débarrasser par un moyen aussi dangereux que la délation du serment à la partie intéressée, contre la volonté de l'autre partie. Le juge qui a recours, sans nécessité, à un tel moyen, a donc évidemment deux reproches à se faire : l'un de donner l'occasion d'un parjure; l'autre de condamner celui qui peut-être ne devait pas l'être, et cela pour se débarrasser, sans nécessité, du poids d'un doute. Pothier avait bien raison de ne pas conseiller aux juges l'usage d'une ressource qui doit peser sur leur conscience, beaucoup plus qu'un doute.

400. Quel motif a donc pu faire maintenir par nos législateurs l'usage d'un serment, qui paraît si hautement proscrit par la raison?

Quel motif? L'empire de l'habitude et du préjugé. L'usage du serment supplétif, tel que l'admet le Code, s'est introduit par l'interprétation de deux lois romaines; la loi 31, ff. *de jurejurando*, 12, 2, où il est dit : *Solent... judices in dubiis causis, exacto jurejurando secundum eum judicare qui juraverit;* et la loi 3, Cod., *de reb. cred. et jurejur.*, 4, 1, qui porte : *In bonæ fidei contractibus, necnon in cæteris causis, inopia*

(1) *Voy.* le procès-verbal des conférences sur l'ordonnance de 1667, p. 207 et suiv.

(2) N° 925, édit. Tarlier, t. 1, p. 277.

(3) L. 9, Cod., *de obl. et act.* 1, 40; L. *ult.*, Cod., *de rei vindic.*, 3, 32.

probationum, per judicem jururando, causa cognita, rem decidi oportet.

401. Mais que faut-il entendre par les causes douteuses dont parle la première loi, *in causis dubiis?* Par cette disette de preuves dont parle la seconde, *inopia probationum?* C'est sur quoi les interprètes les plus doctes n'ont pu s'accorder.

Les uns, tels que Duaren, Doneau, le président Fabre, Heineccius (1), etc., pensent que les causes douteuses, dans lesquelles on peut déférer le serment supplétif, sont celles où les contendants ont chacun en leur faveur des preuves également fortes et complètes; en sorte qu'il est douteux auxquelles il faut donner la préférence.

Les autres (2) pensent que les causes douteuses sont celles où l'esprit du juge reste dans le doute, parce que les preuves ne sont pas assez fortes pour le convaincre et le déterminer : *in quibus*, dit Vinnius, *judex dubius est, ob minus plenas probationes allatas.* Ils en donnent pour exemple le cas où le demandeur produit en sa faveur un seul témoin sans reproche, dont le témoignage ne suffisait pas, suivant le droit romain, *etiamsi præclaræ curiæ honore præfulgeat.* (L. 9, § 1, Cod., *de testibus.*) Il en fallait deux pour former une preuve complète. Elle le devient, suivant la doctrine de ces auteurs, par le serment supplétif. Ainsi, ils ne donnent pas moins de force au serment de la partie intéressée dans sa propre cause, qu'à la déposition désintéressée d'un témoin irréprochable, *omni exceptione major;* ce que certainement la raison ne peut approuver.

L'opinion de ceux qui admettent le serment supplétif, dans le cas d'insuffisance des preuves, est celle de la glose, dont l'autorité fut si longtemps presque sans bornes. Elle fut suivie par toute l'école d'Accurse, par le droit canonique, qui a si prodigieusement étendu l'usage du serment (3), et prévalut dans les tribunaux de presque toute l'Europe, sans que l'on songeât seulement à examiner si cet usage est conforme à la raison. Ainsi, en remontant à la source, on voit que l'usage du serment, pour compléter une preuve qui n'existe pas, a été introduit par l'autorité peu imposante de la glose : *Causaque ex glossæ sententia judicata est, quam pro idolo habebant,* dit Heineccius (4).

402. Les rédacteurs du Code trouvèrent l'usage du serment supplétif tellement enraciné, qu'ils le suivirent sans examen. La rapidité avec laquelle ils travaillaient ne leur permettait pas de soumettre toutes les doctrines à la balance de la raison.

Voyons donc ce qu'ils ont fait pour diminuer les inconvénients et les abus d'un serment auquel Pothier conseille aux juges de n'avoir pas souvent recours.

L'art. 1367 du Code porte : « Le juge ne peut » déférer d'office le serment, *soit sur la de-* » *mande, soit sur l'exception qui y est opposée,* » que sous les deux conditions suivantes : Il faut :

» 1° Que la demande ou l'exception ne soit » pas *pleinement* justifiée;

» 2° Qu'elle ne soit pas totalement dénuée de » preuves.

» *Hors ces deux cas, le juge doit ou adju-* » *ger ou rejeter purement et simplement la de-* » *mande.* »

La première de ces conditions est fondée sur l'inutilité du serment, lorsque la preuve de la demande est complète. La loi s'en tient alors au précepte qui défend les serments inutiles : Dieu en vain tu ne jureras : *Ego autem dico vobis non jurare omnino.* (Matth., 5, 32.) Le juge excéderait donc son pouvoir en ordonnant un serment inutile.

403. Cette première disposition est un correctif de la doctrine de Pothier, qui, à la vérité, a posé en principe, n° 924, que si la preuve du fait qui sert de fondement à la demande ou aux exceptions est complète, le juge ne doit pas déférer le serment, mais donner gain de cause à celui qui a fait la preuve. Voilà la règle consacrée par notre article.

Mais Pothier ajoute que si le juge, pour assurer davantage sa religion, avait déféré le serment sur un fait que ne peut ignorer, parce qu'il lui est propre, la partie qui a fait sa preuve, elle ne devrait pas refuser le serment, et ne serait pas écoutée dans l'appel du jugement; car quoique le juge eût dû lui donner gain de cause, sans exiger son serment, il ne lui a pas fait de grief en l'exigeant, puisqu'il ne coûte rien d'affirmer ce qu'on sait être vrai.

Cette assertion est certainement contraire à notre article, qui défend au juge de déférer le serment, lorsque la demande ou l'exception est pleinement justifiée. Cependant Pothier avait raison, dans le temps où il écrivait. Aucune loi n'avait alors déterminé, par une disposition précise, quand une preuve est tellement complète, que le juge ne puisse s'en écarter. Voy. *supra*, n°s 15-19.

Si donc le juge ne trouvait pas suffisante une preuve quelconque, quoiqu'elle pût paraître complète aux yeux d'un autre, il pouvait, sans contrevenir à aucune loi, déférer d'office le serment supplétif, pour éclairer sa religion, comme le dit fort bien Pothier.

(1) *Dissertat. de lubricitate jurisjurandi suppletorii,* § 8.

(2) *Voy.* Vinnius, *Quæst. select.*, lib. 1, cap. 44.

(3) Gonzalez, *in cap. ult.*, 10, *de jurejur.*, lib. 2, tit. 24.

(4) *Dissertat. de lubricitate jurisjur. suppletorii,* § 20.

Aujourd'hui, le Code a déterminé l'effet de certaines preuves, de manière que le juge ne peut s'en écarter sans contrevenir à la loi. Ainsi, par exemple, les art. 1319 et 1320 disent que les actes, soit authentiques, soit sous seing privé, font *pleine foi* contre les parties. La demande soutenue d'un pareil acte est donc *pleinement justifiée*, dans le sens de l'article 1367. Le tribunal qui, non content de cette preuve, croirait pouvoir en outre déférer le serment supplétif, contreviendrait donc manifestement à la loi; son jugement ou son arrêt serait soumis à la censure, et infailliblement cassé, car la loi serait violée (1).

404. Bien plus : si l'une des parties, par des conclusions subsidiaires, avait demandé que son adversaire, qui avait en sa faveur une preuve littérale, n'obtînt gain de cause qu'en affirmant par serment que les actes qu'il produisait sont sincères, le juge pourrait condamner, sans déférer ce serment, s'il n'existait pas de présomptions graves de simulation contre celui qui les produit, parce qu'il ne peut être soumis à prêter un serment, quand il n'existe contre lui aucune présomption.

La cour de cassation l'a ainsi décidé par arrêt du 30 octobre 1810 (2).

405. Duranton, *des Oblig.*, tome 4, n° 1496, trouve cet arrêt mal rendu. Il nous paraît, au contraire, conforme aux vrais principes. « Lorsque, dit Pothier, n° 924, la preuve du fait d'où dépend la décision de la cause, et qui sert de fondement à la demande, ou aux exceptions de la demande, est complétée, le juge ne doit pas déférer le serment, mais il doit donner gain de cause à celui qui a fait la preuve. »

L'art. 1367 ne permet la délation du serment supplétif que « sous la condition que la demande ou l'exception ne soit pas pleinement justifiée. »

Or le sieur Montbrun, dans l'arrêt cité *supra*, avait fait sa preuve complète; il ne s'élevait aucune présomption grave contre cette preuve: le juge ne devait donc pas lui déférer le serment supplétif. La dame Chastenet aurait pu, dans le principe, lui déférer le *serment décisoire* sur la sincérité des actes qu'il présentait. Voy. *supra*, n° 380. Elle ne le fit pas : elle combattit la preuve du sieur Montbrun, et elle conclut subsidiairement, que dans le cas où cette preuve fût trouvée suffisante, on lui déférât le serment sur la sincérité des actes : c'était donc réellement un serment supplétif. Le juge le trouva inutile.

Duranton prétend que c'était transformer le serment *décisoire* en *supplétif*. Nous ne saurions le penser. Dans le cas de la délation du serment décisoire, le juge n'a plus à s'occuper des preuves que pourrait invoquer en sa faveur celui qui le défère; il ne reste d'autre question que celle de savoir s'il prêtera ou non le serment. Ce n'est pas ce que voulait la dame Chastenet; elle demandait que la cour prononçât d'abord sur les moyens par lesquels elle combattait la preuve de son adversaire, et demandait subsidiairement que, si la cour ne trouvait pas ces moyens solides, elle lui déférât le serment sur la sincérité des actes : c'était donc réellement un serment supplétif.

Après avoir examiné les preuves du sieur Montbrun, et les moyens par lesquels les combattait la dame Chastenet, la cour trouva que les preuves étaient complètes, et par conséquent l'exception pleinement justifiée, et que les moyens de la dame Chastenet n'élevaient aucune présomption grave contre ces preuves. Elle ne devait donc pas déférer un serment inutile.

406. Mais si la demande n'était prouvée que par une enquête, par les dépositions de plusieurs témoins, même dignes de foi, le juge pourrait néanmoins, sans contrevenir à la loi, déférer d'office le serment supplétif au demandeur; car, quoique la preuve testimoniale soit mise au rang des preuves admises en justice, nous avons vu *supra*, numéro 322, que le magistrat n'est point astreint à y conformer son jugement : c'est à lui qu'il appartient d'apprécier la force des témoignages (3); et, s'ils ne lui paraissent pas concluants, s'il ne trouve pas qu'ils justifient *pleinement* la demande; en un mot, si l'enquête lui paraît laisser quelque chose à désirer, il peut, pour achever sa conviction, déférer le serment supplétif; aucune loi ne le lui défend.

C'est alors le cas de dire, avec Pothier, que l'appel ne devrait pas être écouté. Il pourrait y avoir mal jugé, mais non ouverture à cassation (4).

407. Il est plus difficile d'expliquer nettement la seconde condition, qui ne permet la délation du serment supplétif que dans le cas où la demande n'est pas *totalement dénuée de preuves;* c'est-à-dire, ce nous semble, comme dit ailleurs le Code, art. 325, 341, 1347, lorsqu'il y a des commencements de preuve.

Mais faut-il que ce soient des commencements de preuve par écrit? Ou bien suffit-il de présomptions ou indices résultant de faits constants, assez graves pour ébranler la persuasion du juge?

C'est la première question qui se présente, et qui nous paraît résolue par analogie des dispositions du Code, sur la preuve testimoniale, dont il ne permet l'admission, au-dessus de la valeur de 150 fr., que lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit. Les présomptions les plus

(1) Duranton, t. 7 (XIII, éd. fr.), n° 623; Rolland, n° 64.

(2) Rapporté dans le *Répertoire*, v° *Serment*, § 2, n° 7 (édition Tarlier, tome 31, page 27.)

(3) *Voy.* la loi 3, §§ 1 et 2, ff. *de testibus*, 22, 5.

(4) Rolland, n° 68, v° *Serment judiciaire*.

fortes ne suffisent donc pas pour déférer le serment supplétif, lorsqu'il n'y a pas commencement de preuve par écrit; car en déférant ce serment, le magistrat n'admet pas seulement la partie intéressée comme témoin dans sa propre cause, mais il l'en constitue le seul juge, puisqu'il est obligé de conformer son jugement à ce qu'elle aura juré. Or, s'il ne peut remettre la décision à des témoins désintéressés, ni même les entendre, à plus forte raison il ne peut la remettre au témoignage assermenté de la partie intéressée elle-même. C'est un point tellement évident, qu'il est inutile de s'y arrêter davantage.

Posons donc en principe que, dans les cas où la preuve testimoniale n'est pas admissible, le serment supplétif ne peut être déféré sans un commencement de preuve par écrit : il y aurait violation de la loi, et le jugement ou l'arrêt serait exposé à la censure.

408. Mais les déclarations faites par l'une des parties à l'audience, en présence des juges et du public, ont, à cet égard, autant de force qu'un acte écrit émané d'elle; et si les juges trouvent qu'il résulte de ces déclarations un commencement de preuve suffisant pour rendre vraisemblable le fait dont il s'agit, ils peuvent ordonner le serment supplétif, sans que le jugement puisse être soumis à la censure; car ils n'ont fait qu'apprécier les conséquences de ces déclarations. C'est ce qu'a fort bien décidé la cour de cassation, dans un arrêt du 5 juillet 1808, rendu sur les conclusions du savant Daniels (1).

Cette décision doit être appliquée aux conséquences qu'on peut tirer d'un interrogatoire sur faits et articles, ainsi que des déclarations faites en bureau de paix, lorsqu'elles rendent le fait dont il s'agit vraisemblable.

409. Dans les causes où la preuve testimoniale est admissible, il n'est pas besoin d'un commencement de preuve par écrit pour déférer le serment supplétif, parce qu'en ce cas l'art. 1353 permet au magistrat de juger sur des présomptions, pourvu qu'elles soient *graves*, *précises* et *concordantes*. Il suffit donc alors que les présomptions ou indices, comme dit l'art. 523, résultent de faits constants, et soient assez graves pour déterminer la délation du serment.

410. Mais pour y déterminer le juge, ne faut-il pas des commencements de preuve, des présomptions ou indices plus forts que pour admettre la preuve testimoniale?

Certes, la raison le dit; car la présomption qui résulte du serment supplétif est infiniment plus faible que celle qui résulte de la preuve testimoniale, d'où peut naître une preuve complète, qui d'ailleurs est toujours respective et commune aux deux parties, et qui enfin ne lie point le juge, comme la prestation du serment supplétif.

Si donc il était possible de soumettre au calcul ou à des règles sûres l'évaluation des degrés de probabilité, depuis le soupçon jusqu'à la certitude morale, voy. *supra*, n°s 27-30, on pourrait aussi indiquer, d'une manière fixe et certaine, ce qu'il faut, pour déférer le serment supplétif, de plus que pour admettre la preuve testimoniale.

Mais comment déterminer ces nuances de vraisemblance, qui forment le commencement de preuve, et qui sont tellement difficiles à saisir, qu'elles ne paraissent pas les mêmes à deux personnes, ni quelquefois à la même personne, en des situations, en des temps différents?

C'est ce qui paraît au-dessus du pouvoir de la loi. On retombe donc nécessairement ici dans le plus effrayant arbitraire. C'est ce qui a fait dire à un jurisconsulte justement estimé (2), que le pouvoir exorbitant d'ordonner d'office le serment supplétif, dans le cas d'insuffisance des preuves, ouvre la porte aux plus grands abus, et laisse les juges méchants ou ignorants maîtres absolus de décider, suivant leur caprice ou leur passion, *pro libidine*, en faveur de celui-ci ou de celui-là. Le magistrat intègre doit donc se rendre très-sévère dans le choix des présomptions qui peuvent permettre à sa conscience, sans qu'il y soit obligé, de déférer à la partie intéressée un supplément de preuve aussi dangereux que son serment.

411. Les interprètes et les docteurs qui en ont introduit l'usage, et qui l'ont défendu et maintenu contre ceux qui le combattaient par des raisons si fortes, n'en permettent néanmoins la délation que sous des conditions qu'ils croient capables d'en diminuer les abus. Ils exigent ce qu'ils appellent une *semi-preuve*, ou une preuve *semi-pleine* (3); mais ils n'ont jamais pu expliquer nettement ce que c'est qu'une *semi-preuve*.

Nous avons dit ci-dessus, n°s 54 et suivants, que nos jurisconsultes français appellent assez convenablement *commencement de preuve* ce que les docteurs appellent *semi-preuve*, ou preuve *semi-pleine*; et nous avons essayé d'en donner les notions les plus exactes qu'il nous a

---

(1) *Voy.* Duranton, n° 1520; Dalloz, t. 21, p. 284, n° 15.

(2) Doneau, *Comment. de jure civili*, lib. 24, cap. 19. Voici comment il s'explique : « Eadem sententia semel recepta magna fenestra aperta est malis et imperitis judicibus, pro libidine, pro hoc, aut pro illo pronunciandi. Quidquid enim pro alterutro allatum erit, semper judici color paratus est ad jusjurandum illi deferendum; dum dicit cum semiplene probasse, qui re vera nihil idoneum attulerit. Facileque erit in spinosa illa et perplexa quæstione de semiplena probatione latebram sententiæ invenire.

(3) *Voy.*, sur cette division des preuves en pleines et *semi-pleines*, ce que nous avons dit *supra* (tom. X, éd. fr.), n° 30; t. 4 (VIII, éd. fr.), n° 708, et t. 5 (IX, éd. fr.), n°s 54 et suiv.

été possible. Nous ne répéterons point ce que nous avons dit; nous y renvoyons le lecteur.

Mais nous insistons sur ce point, qui nous paraît très-important; c'est que pour se permettre de déférer le serment supplétif, le juge doit exiger que les présomptions qui forment le commencement de preuve soient plus fortes que pour ordonner la preuve testimoniale.

Au reste, ce point demeure abandonné aux lumières et à la conscience du magistrat ; car, dans les principes du Code, lorsque la preuve testimoniale est admissible, il est autorisé à déférer le serment sur des présomptions *graves, précises* et *concordantes*, puisque, dans ce cas, l'art. 1353 du Code l'autorise à se déterminer par ces seules présomptions, sans exiger la délation du serment supplétif.

Et, si la preuve testimoniale n'est pas admissible, un commencement de preuve par écrit autorise le juge, non-seulement à l'admettre (art. 1347), mais encore à ordonner le serment supplétif, puisque l'art. 1367 lui permet de le déférer, lorsque la demande n'est pas *totalement dénuée de preuves* (1), expressions vagues, qui laissent aux juges une latitude effrayante de pouvoir; car ce n'est qu'à eux seuls qu'il appartient d'apprécier les faits d'où l'on tire les présomptions qui forment le commencement de preuve.

Le jugement qui défère un serment supplétif ne peut donc être attaqué par la voie de la cassation, sur le fondement de la faiblesse des présomptions ou du commencement de preuve. « Tant il est vrai, comme le dit Doneau, que le pouvoir exorbitant de déférer le serment supplétif, en cas d'insuffisance de preuves, laisse aux juges une entière liberté, ou, si l'on veut, un prétexte de suivre leurs affections en le déférant. »

412. En permettant au juge de recourir au serment supplétif, lorsque la demande n'est pas totalement dénuée de preuves, le Code ne dit pas si c'est au demandeur ou au défendeur qu'il faut le déférer. C'est cependant un point fort important, qui demeure encore malheureusement abandonné à la prudence du juge, par le silence de la loi. Pour y suppléer autant que possible, les auteurs posent quelques principes fort raisonnables, qui ne sont que des développements d'une décrétale de Grégoire IX (2). « Si le demandeur, dit il, ne prouve absolument rien, le défendeur doit obtenir gain de cause, *et si nihil præstiterit.* » C'est la disposition du droit romain, fondée sur la raison. Elle est consacrée par le Code. Mais si le demandeur n'a que la présomption en sa faveur, *præsumptione vero faciente pro illo*, c'est au défendeur qu'on peut déférer le serment : *Reo deferri potest juramentum.* Les auteurs ont assez convenablement nommé ce serment *purgatoire*.

C'est la doctrine que professe Pothier, n° 925 : « Lorsque le demandeur n'a aucune preuve du » fait qui sert de fondement à sa demande, ou » que celle qu'il a ne forme que de très-légers » indices ou présomptions, le juge ne doit pas » lui déférer le serment, quelque digne de foi » qu'il soit, et il doit donner congé de la de- » mande. Néanmoins, si ces indices, quelque » légers qu'ils soient, forment quelques doutes » dans l'esprit du juge, il peut, pour assurer sa » religion, déférer le serment au défendeur (3). »

413. Duparc-Poullain (4) dit aussi que « dans » le doute, à qui du demandeur ou du défendeur » le serment doit être déféré, c'est-à-dire toutes » choses égales, le juge ne peut pas balancer de » déférer le serment au *défendeur*, parce qu'il » est dispensé de la preuve, et qu'elle incombe » en entier au demandeur. »

Il ajoute, page 49 : « Lorsque la demande est » *bien établie*, et que le défendeur a des excep- » tions qui ne sont pas prouvées, il est évident » que s'il y a lieu au serment, il doit, dans le » doute, être déféré au demandeur qui est *dé- » fendeur* pour tout ce qui concerne l'excep- » tion. »

Il faut bien considérer qu'en déférant le serment au défendeur, lorsque la preuve de la demande est insuffisante ou incomplète, les juges ne peuvent commettre une injustice, et le demandeur n'a pas à s'en plaindre : c'était à lui de compléter sa preuve, *implere intentionem suam.* Si sa preuve reste incomplète, sa demande doit être rejetée. La charge du serment purgatoire, imposée à son adversaire, n'est donc qu'une précaution prise en sa faveur; c'est une chance qu'on lui donne, indépendamment de laquelle il pouvait être condamné, sans aucun interlocutoire.

414. Cependant le principe que, dans le doute, c'est au défendeur qu'il faut déférer le serment, a des exceptions fondées sur la moralité des personnes, ou sur les circonstances de la cause. *Nisi judex*, dit encore Grégoire IX, *inspectis personarum et causæ circumstantiis, illud actori videat deferendum.*

Mais, dit fort bien Duparc-Poullain, *ubi supra*, « la seule inégalité de condition et de caractère » entre le demandeur et le défendeur ne suffi- » rait pas pour déférer le serment au premier, » faute de preuve; par exemple à un magistrat

---

(1) La cour de cassation, par un arrêt du 29 prairial an XIII, a décidé que, dans une espèce où il existait un commencement de preuve par écrit qui autorisait l'admission de la preuve testimoniale, « les juges avaient » pu, sans violer aucune loi, ordonner un serment sup- » plétoire, et le déférer à la partie qu'ils ont jugée la » plus digne, d'après leur conscience. »

(2) *Cap. ult.*, § 1, 10, *de jurejurando.*

(3) Rolland, nos 69, 70.

(4) *Principes du droit*, t. 9, p. 448, n° 25.

» ou à un prêtre (1), contre un paysan, ou un » artisan. » C'est la moralité et non le rang des personnes qu'il faut considérer. On peut voir les principes sur la préférence due aux témoignages, que nous avons exposés ci-dessus, nos 328-331.

On peut encore faire exception au principe, à raison des circonstances de la cause, lorsque, comme le dit Pothier, n° 926, « la preuve du » fait qui sert de fondement à la demande est » déjà *considérable,* quoiqu'elle ne soit pas *tout » à fait complète.* C'est le cas auquel le juge » doit se décider par le serment de l'une des » parties. Il peut même en ce cas *le déférer au » demandeur,* pour suppléer, par ce serment, » à ce qui manquerait à la preuve qu'il a » faite. »

Remarquez que ce savant auteur exige, pour déférer le serment au demandeur, les commencements de preuve les plus considérables, et qu'ils laissent peu à désirer pour une preuve tout à fait complète. Il ne suffirait donc pas de ce que les docteurs appellent une *demi-preuve* ou une preuve *semi-pleine,* il faut plus.

415. Aussi Pothier, n° 927, ne pense pas que la semi-preuve, donnée pour exemple par les docteurs, et qui consiste dans la déposition d'un seul témoin digne de foi, soit suffisante pour déférer le serment au demandeur.

C'est aussi ce qu'ont soutenu, avec force, nombre de grands jurisconsultes, et notamment Huberus (2), quoiqu'il admette, comme les glossateurs, le serment supplétif, en cas d'insuffisance de preuve.

L'opinion de ces auteurs est parfaitement juste. Dans toute législation qui exige deux témoins pour former une preuve complète, il est absolument contraire à la raison d'admettre le serment de la partie comme un supplément suffisant pour compléter la preuve insuffisante, à défaut d'un témoin; car il est absurde de donner autant de force au témoignage de la partie intéressée, qu'à la déposition d'un témoin désintéressé et digne de foi, qui manque à la preuve.

Nous croyons avoir prouvé, ci-dessus, nos 317 et suiv., que, dans notre législation, on n'exige pas précisément deux témoins pour former une preuve complète; et que le témoignage d'un seul homme digne de foi peut suffire, lorsqu'il est fortifié par des présomptions assez fortes pour dissiper le doute que laisse subsister la déposition d'un témoin isolé, qui, étant seul, a pu plus facilement se tromper ou être trompé; lorsqu'en un mot, pour employer les expressions de d'Aguesseau, il est fortifié *par des indices équivalents à la déposition des témoins* (3). Ce n'est qu'alors, et seulement alors, que si l'isolement de la déposition, malgré ces présomptions et ces indices, laisse encore quelques doutes dans l'esprit du juge, il peut déférer le serment supplétif au demandeur.

416. Pothier, n° 927, donne, d'après Dumoulin, pour exemple d'une preuve insuffisante, et néanmoins assez considérable pour autoriser la délation du serment supplétif, l'aveu extrajudiciaire fait par le débiteur, hors de la présence du créancier. Nous avons tâché, *supra,* n° 305, d'apprécier la force de ces aveux, et nous avons pensé que si l'aveu est bien constaté, il peut, suivant les circonstances, autoriser la délation du serment supplétif au demandeur.

417. Nous croyons aussi avoir prouvé, tome 4 (VIII, éd. fr.), n° 368, qu'il résulte du rapprochement des articles 1329 et 1367 du Code civil, que les livres des marchands (4), régulièrement tenus, font un commencement de preuve en leur faveur, qui, réuni à d'autres présomptions favorables, que la prudence des juges peut seule apprécier, les autorise à déférer le serment supplétif au marchand demandeur. Cette jurisprudence, que l'intérêt du commerce avait introduite (voy. *ibid.*, n° 358), était suivie sous notre ancienne législation.

Mais si un commerçant demandait à un particulier une somme, en vertu d'un billet ou même d'un acte notarié, portant reconnaissance de la somme pour marchandises vendues, le défendeur, qui prétendrait avoir payé, pourrait, nonobstant le billet ou l'acte notarié, demander, en déclarant y ajouter foi, la représentation des livres sur lesquels il prétend que doit se trouver écrit le payement de la somme, et si le commerçant ne les représentait pas, l'art. 17 du Code de commerce autorise le juge à déférer le serment au défendeur, sans qu'il soit tenu de donner d'autre preuve de sa libération. Voy. ce que nous avons dit, tome 4 (VIII, éd. fr.), nos 256 et 257 (5).

418. Pothier (6) excepte des cas où le juge peut déférer le serment supplétif, les causes d'une grande importance, dans lesquelles, dit-il, ce qui manque à la preuve de la demande ne peut se suppléer par le serment du demandeur. Le défendeur en doit toujours obtenir le

(1) Hélas! dans tous les temps, dans toutes les religions, il y a eu des prêtres parjures et sans foi. *Voyez* le trait de Scipion l'Africain cité tome 4 (VIII, éd. fr.), n° 39, au sujet d'un prêtre de Jupiter qui s'était parjuré.

(2) *In tit. ff. de jurejur.*, n° 13.

(3) T. 8 de ses OEuvres, p. 150.

(4) Mais, dans une matière qui n'est pas susceptible de la preuve par témoins, le juge ne peut, en prenant pour commencement de preuve par écrit le livre de raison d'un particulier demandeur en restitution d'argent prétendu prêté, déférer à ce particulier le serment supplétif. *Voyez* l'arrêt de cassation du 2 mars 1810, rapporté dans le *Répertoire*, v° *Serment*, § 2, art. 2, n° 5.

(5) Duranton, t. 7 (XIII, éd. fr.), nos 619, 620.

(6) N° 926 (édit. Tarlier, t. 1, p. 277).

congé, lorsqu'elle n'est pas pleinement justifiée.

Cette doctrine est celle de tous les auteurs, tant jurisconsultes que praticiens (1), même des canonistes. Cependant, elle n'est fondée sur aucune loi, sur aucun canon : c'est la force de la raison qui les a contraints à faire, comme de concert, cette exception sage, qui est le fruit de l'expérience. Il est évident que plus une cause est importante, plus il est dangereux d'en soumettre la décision à la partie intéressée, plus le parjure est à craindre, et moins on peut avoir de confiance dans ce supplément, admis avec tant de peine, même dans les causes légères.

419. Mais quelles sont ces causes importantes et ardues, où le serment supplétif ne doit pas être déféré? Les auteurs en ont fait des énumérations plus ou moins longues (2), qu'il serait inutile de rapporter, parce que c'est un point abandonné à la prudence du juge, qui, n'étant tenu en aucun cas de recourir à ce dangereux supplément, mettra toujours sa conscience en sûreté, en suivant la grande, l'ancienne règle de nos sages : Dans le doute s'il faut ou non déférer le serment, ABSTIENS-TOI.

On ne peut douter que, dans les causes d'état, de mariage, etc., le serment supplétif des parties ne doit pas être admis (3).

420. Il ne faut pas oublier une observation importante : c'est que le fait sur lequel on peut déférer le serment supplétif doit être un fait personnel à celui qui doit le prêter, ou du moins dont il ait une connaissance personnelle, *notitiam sensualem*, disent les auteurs. Il doit jurer *de veritate*, *non de credulitate* (4). On n'a aucun égard à la déposition d'un témoin digne de foi, sur un fait qui lui est étranger, lorsqu'il parle de ce qu'il croit, et non de ce qu'il a vu ou entendu, *per sensum corporeum;* à plus forte raison au serment de celui qui jure sur le fait d'autrui.

421. Les auteurs en concluent, avec raison, que l'on ne peut déférer le serment supplétif aux héritiers du créancier, lesquels, encore qu'ils aient une connaissance personnelle du fait principal, d'un prêt, par exemple, fait en leur présence, ne peuvent pas savoir ce qui s'est passé depuis. Supposons même que peu de temps avant la mort du défunt, ils l'aient entendu dire qu'il n'était pas payé; le serment supplétif ne devrait pas leur être déféré sur ce fait; car la vérité du fait de non-payement ne pouvait être attestée que par le défunt.

C'est ici l'une des différences qui existent entre le serment décisoire et le serment supplétif. Le premier peut être déféré aux veuves et aux héritiers de ceux qui opposent les courtes prescriptions dont parlent les art. 2271 et suiv. du Code civil, et l'article 189 du Code de commerce; mais c'est une faculté qui n'est donnée qu'à la partie adverse, qui doit elle-même déférer ce serment ou le *requérir*. C'est ce qui résulte de l'art. 2275, ainsi conçu :

« Néanmoins, *ceux auxquels* ces prescrip-
» tions seront opposées peuvent déférer le ser-
» ment à ceux qui les opposent, sur la question
» de savoir si la chose a été réellement payée.
» Le serment pourra être déféré aux veuves
» et héritiers, ou aux tuteurs de ces derniers,
» s'ils sont mineurs, pour qu'ils aient à décla-
» rer s'ils ne savent pas que la chose soit due.»

L'art. 189 du Code de commerce porte :

« *Néanmoins les prétendus débiteurs seront*
» *tenus, s'ils en sont requis*, d'affirmer sous ser-
» ment qu'ils ne sont plus redevables; et leurs
» veuves et héritiers ou ayants cause, qu'ils
» *estiment de bonne foi* qu'il n'est plus rien dû.»

Voilà bien le serment *de credulitate;* mais la loi exige qu'il soit *requis* par l'autre partie : ce n'est point au juge de le déférer d'office; il ne doit que prononcer sur la réquisition.

422. La délation du serment supplétif doit régulièrement être prononcée par forme d'interlocutoire, en ordonnant, avant faire droit, que la partie prêtera le serment, après la prestation duquel le juge prononce définitivement l'absolution ou la condamnation. Il est contre les principes que le juge prononce conditionnellement, et rejette ou admette la demande, *jurant et affirmant*, le demandeur ou le défendeur, c'est-à-dire, s'il jure, s'il affirme : *Non debet judex sub conditione ferre sententiam.* (L. 1, § 5, ff. *quando appell.*, 49, 4.)

Cependant, cette même loi prouve qu'un jugement rendu de cette manière n'est pas nul; mais il peut en résulter des inconvénients dans le cas, qui n'est pas sans exemple, où la partie à laquelle le serment est déféré vient à décéder avant de l'avoir prêté, et d'avoir déclaré qu'elle était prête à le faire (5).

423. A la différence du serment décisoire

---

(1) *Voy.* Heineccius, *Dissert. de lubricitate jurisjur.*, suppl. § 27 ; Brunnemann, in leg. 31, ff. *de jurejur.*, nº 4 ; Boehmer, in tit. 10, *de jurejur.*, nº 74 ; Pirrhing, *in eumdem tit.*, nº 96 : Mascardus *de Probat.*, concl. 936, nº 30.

(2) *Voy.* Mynsingerus, cent. 1, obs. 68 ; Strickius, *Dissert. de causis juram. suppl. respicientibus.* Une des règles de Strickius est qu'on ne doit pas déférer le serment supplétif :

« Quotiescumque lex vel certam personæ qualitatem, vel certam solemnitatem, vel scripturam, vel perfectam ac plenissimam probationem directe requirat. »

(3) *Voyez* un arrêt du conseil d'État du ci-devant royaume de Westphalie, du 14 février 1812. On trouve, dans les considérants, des maximes fort sages. Il est rapporté dans le *Répertoire*, vº *Serment*, § 2, art. 2, nº 6.

(4) Heineccius, *ubi supra*, et les auteurs qu'il cite; Boehmer, in tit. 10, *de jurejur.*, nº 71.

(5) *Voyez* Huberus, *in Pandectas*, lib. 42, tit. 1, nº 34.

déféré par l'une des parties, le serment supplétif ne peut être référé (1) par celui auquel le juge l'a déféré. Il doit le prêter ou perdre sa cause : *aut jura*, *aut solve*. Le juge lui-même ne peut ni l'en dispenser, ni changer sa première délation pour référer le serment à l'autre partie.

424. La principale différence qui existe entre les effets du serment décisoire et du serment supplétif consiste en ce que, dans le cas du serment décisoire déféré ou référé par la partie, il n'est permis ni d'appeler du jugement rendu sur la prestation de serment, ni de revenir contre la décision, en prouvant la fausseté du serment. Le parjure ne pourrait être poursuivi qu'à la requête du ministère public, et la condamnation du parjure ne serait pas un motif pour réformer le jugement en sa faveur. Nous en avons donné la raison *supra*, n° 389 (2).

Il en est autrement du serment supplétif, dont la délation n'est point le fait de la partie, mais uniquement du juge, qui peut le déférer, même malgré l'opposition de l'autre partie. Celle-ci peut donc se porter appelante du jugement qui le défère, si ce jugement n'est pas en dernier ressort, et faire valoir en cause d'appel tous les moyens de fait et de droit qu'elle peut avoir, soit pour établir qu'il n'y avait pas lieu à la délation du serment, soit pour prouver qu'il ne devait pas être déféré à son adversaire; et la cour d'appel peut, non-seulement infirmer le jugement qui a déféré le serment, mais encore le déférer à l'appelant plutôt qu'à son adversaire, si les juges pensent que la chose doit se décider par le serment supplétif, et qu'il y a des motifs de le lui déférer plutôt qu'à l'intimé.

425. Mais peut-on appeler du jugement après la prestation du serment? Il faut distinguer (3) : si le serment a été prêté et reçu à l'instant même où il a été ordonné, par exemple, quand la partie présente à l'audience a été admise à prêter serment sur-le-champ, l'autre partie ne pouvant appeler en face du juge, ni même protester contre le jugement rendu, et n'ayant pas eu d'ailleurs le temps de réfléchir sur le jugement, on ne peut lui opposer l'exécution qu'elle en a laissé faire en sa présence, comme un acquiescement : elle peut donc appeler dans les délais prescrits, et faire valoir, sous le cours de l'appel, tous les moyens qu'elle avait, tant contre le jugement, avant la prestation, et même les preuves de la fausseté du serment qu'elle aurait découvertes depuis; car, si le Code de procédure défend de former sur l'appel aucune nouvelle demande, il n'interdit pas de proposer de nouvelles preuves, ni de nouveaux moyens à l'appui de la prétention décidée par les premiers juges.

Mais quand il y a eu intervalle entre le jugement et le serment; quand l'autre partie a été appelée, ainsi que l'ordonne l'art. 121 du Code de procédure, pour être présente à la prestation au jour et à l'heure indiqués, elle doit, avant la prestation, appeler, ou tout au moins protester de le faire; car alors le jugement ayant été exécuté contre son gré, on ne peut lui opposer cette exécution comme un acquiescement tacite : elle peut donc ensuite relever son appel en forme dans les délais de la loi, et faire les mêmes preuves que dans le premier cas, tant contre le jugement qui défère le serment que contre le serment même.

Mais lorsque, après avoir été dûment appelée pour être présente à la prestation du serment, la partie garde le silence ou laisse défaut, sans avoir appelé ni fait notifier aucune protestation, elle ne peut plus relever appel après la prestation du serment, parce que c'est une règle générale que toute partie qui laisse exécuter un jugement sans en avoir appelé, ou tout au moins sans avoir protesté, est censée consentir tacitement à l'exécution, et, par conséquent, acquiescer au jugement, et renoncer à l'appel (4).

426. Cependant si, depuis, elle avait découvert une pièce décisive, qui prouvât la fausseté du serment, elle pourrait encore se pourvoir contre le jugement. La loi 31, ff. *de jurejurando*, 12, 2, d'où nous avons emprunté l'usage du serment supplétif, le lui permet expressément : *Admonendi sumus.... etiam post jusjurandum exactum permitti constitutionibus principum, ex integro causam agere, si quis se nova instrumenta invenisse dicat, quibus nunc solis usurus sit. Sed hæc constitutiones tunc videntur locum habere, cum a judice aliquis absolutus fuerit; solent enim sæpe judices in causis dubiis exacto jurejurando, secundum eum judicare qui juraverit. Quod si alias inter ipsos jurejurando transactum sit negotium, non conceditur eamdem causam retractare.*

Remarquons bien l'importante différence que met cette loi entre le serment décisoire et le supplétif. Après la prestation du premier, on ne peut plus se pourvoir contre le jugement qui s'en est suivi : *Non conceditur eamdem causam retractare.* On le peut après la prestation du serment supplétif, déféré par le juge, si l'on a trouvé de nouvelles pièces qui en prouvent la fausseté, parce que, dans le serment supplétif, il n'est intervenu aucune transaction entre les deux parties. Le magistrat l'a déféré comme un supplément nécessaire pour compléter la preuve de la demande. Il se fût bien gardé de l'ordonner, s'il avait pu prévoir que celui auquel il le déférait était capable de se parjurer. En donnant

(1) Pothier, n° 928 (édit. Tarlier, t. 1, p. 278); Voet, *hoc tit.*, n° 30.

(2) Rolland, n°s 57, 72, 73, 75; Duranton, t. 7 (XIII, éd. fr.), n° 615.

(3) *Voy.* Pigeau, *Traité de la Procédure*, t. 1er, p. 189, n° 305, à la note.

(4) Nimes, 18 juillet 1823. Pigeau, t. 1, p. 189, n° 305

cette preuve supplétive, le parjure a trompé la justice par une coupable imposture. Il a sciemment et méchamment commis un dol, qui a déterminé le jugement qui s'en est suivi. Ce jugement doit donc être annulé et réformé, alors même que les pièces qui prouvent son parjure n'auraient pas été retenues par son fait ; car il n'en a pas moins commis un dol, en faisant sciemment un faux serment. La rétention frauduleuse de ces pièces ne serait qu'un dol de plus.

Tels sont les motifs sages de la disposition qui permet de se pourvoir contre le jugement rendu sur le serment supplétif, si l'autre partie recouvre depuis des pièces qui en prouvent la fausseté, quoiqu'elles ne fussent pas retenues par celui qui s'est parjuré. Il suffit que la partie lésée en ignorât l'existence, et ne les ait découvertes que depuis : *Si quis se nova instrumenta invenisse dicat*.

427. Nous insistons sur ce point pour empêcher les élèves d'être induits en erreur par le plus célèbre de nos praticiens, Pigeau, qui dit, tome 1, pag. 261, 3e édit., que si, depuis la prestation du serment supplétif, l'autre partie « avait découvert une pièce décisive, *retenue » par le fait de son adversaire*, et qui prouvât » la fausseté du serment, il pourrait appe- » ler, etc. »

Cette manière de s'exprimer semble indiquer que l'auteur regarde cette rétention frauduleuse comme nécessaire pour rendre à l'autre partie la faculté d'appeler, depuis la prestation du serment ; mais cette assertion, hasardée en passant, échappée vraisemblablement à l'auteur, n'est appuyée d'aucune raison, d'aucune autorité ; et elle est contraire aux principes du droit romain que nous venons de développer, ainsi qu'à l'opinion de Pothier, qui, après avoir dit, n° 916, avec la loi 15, ff. *de except.*, que celui qui a déféré le serment décisoire ne serait pas recevable à prouver que l'autre partie s'est parjurée, ajoute, tome 2, page 518 (1), qu'il n'y serait pas écouté, quand même « il offrirait de faire cette » preuve par des pièces *nouvellement recouvrées*. » En cela, le serment décisoire déféré ou référé » par la partie a plus de force que le serment » supplétoire. Caïus, en la loi 31, ff. *de jurejur.*, » observe cette différence. »

Enfin, un autre passage de Pigeau prouve que la phrase citée *supra* ne lui est en effet échappée que par inadvertance. A la page 628, *in fine*, du même volume, il donne pour exemple du dol personnel, qui fait ouverture à la requête civile, le cas où « le défendeur est déchargé de » la demande, moyennant un serment qui lui a » été déféré d'office. Depuis, le parjure est » prouvé. Le demandeur, dit Pigeau, pourra » prendre la requête civile, pourvu que la » preuve du parjure ne résulte pas d'une *pièce » gardée par le condamné*. »

On peut donc, suivant Pigeau, prendre la voie de la requête civile, si le jugement est en dernier ressort, ou celle de l'appel, s'il est rendu en première instance, quand même il y aurait eu acquiescement, avant la découverte de la fausseté du serment. Pigeau excepte seulement, ce nous semble, avec raison, le cas où ces pièces auraient été *gardées* par le *condamné* lui-même, car, ayant en sa possession des pièces décisives, il est en faute de ne les avoir pas produites d'abord, et d'avoir, par cette faute, occasionné la délation du serment supplétif, et le parjure qui s'en est suivi.

428. Le délai de l'appel et de la requête civile est de trois mois, à compter du jour de la signification du jugement, suivant les art. 443 et 483 du Code de procédure.

Mais si le jugement a été rendu par dol, le délai de l'appel ou de la requête civile ne courra que du jour où le dol a été découvert, et la pièce nouvelle recouvrée. (Art. 448 et 488.) « Et pour » constater l'époque à laquelle commencera de » courir ce délai de trois mois, il faut qu'il y » ait preuve *par écrit* du jour où les pièces ont » été découvertes, et non autrement. » (Mêmes art. 448 et 488.)

429. Cette preuve par écrit est facile à se procurer, lorsque la pièce qui prouve le dol existe dans les minutes d'un notaire ; il faut lui faire sommation de déclarer si telle pièce existe dans ses minutes, et le sommer d'en délivrer une expédition. S'il refuse, par le motif que le requérant n'était point partie dans l'acte, celui-ci doit présenter requête au président du tribunal, pour demander qu'il soit fait injonction au notaire de délivrer l'expédition. L'aveu du notaire qui reconnaît avoir la pièce fera preuve de l'époque de la découverte.

S'il s'agit de pièces sous seing privé, qui se trouvent en la possession d'un tiers, et qui prouvent la fausseté du serment, le condamné qui en découvre l'existence ne doit pas se les faire remettre volontairement par celui qui les possède : cette remise ne lui procurerait point la preuve écrite dont il a besoin; il doit donc faire faire, par un officier public, sommation au possesseur des pièces de déclarer s'il en est réellement possesseur, et de lui délivrer, en tout cas, copie certifiée conforme à l'original dont il est saisi. Cette sommation constatera l'époque de la découverte, et fera courir le délai de trois mois. Si l'autre partie prétendait que la découverte de l'existence de la pièce remonte à plus de trois mois avant l'époque de la sommation, ce serait à elle de le prouver; et comme tout doit être égal entre les deux parties, il faut dire, ce semble, qu'elle ne pourrait le prouver que par écrit.

Un inventaire rapporté à la mort du possesseur des pièces, et où elles sont référées, peut

(1) Édit. Tarlier, t. 1, p. 274, col. A.

aussi être un moyen de prouver, par écrit, l'époque de leur découverte (1).

Du Serment déféré d'office sur la valeur de la chose demandée, autrement Serment in litem *ou Serment* en plaids.

SOMMAIRE.

430. Principes du droit romain sur le serment *in litem*.
431. La force publique doit être employée à contraindre le défendeur condamné de rendre une chose, à la remettre dans la possession du demandeur.
432. Si elle ne peut être remise, on distingue : si c'est par le dol du défendeur, le demandeur est admis à estimer la chose, et à lui donner un prix d'affection au-dessus de sa vraie valeur ; il en est cru sur son serment.
433. Si ce n'est point par son dol, il ne doit payer que sa véritable valeur, avec les dommages-intérêts, mais sans prix d'affection.
434. Le juge doit, en déférant le serment *in litem*, déterminer une somme au-dessus de laquelle il ne peut s'élever.
435. Le juge doit conformer sa sentence au serment. Il peut n'y avoir aucun égard, si, depuis, l'on découvre des preuves contraires.
436. Analogie du serment *in litem* et du serment supplétif. Fondement du premier, plus solide que celui du second.
437. Le serment *in litem*, anciennement reçu en France, n'y a jamais été serment d'affection, mais de la perte réelle du demandeur. On exigeait même l'information préalable par commune renommée.
438. Doctrine de Leprêtre sur ce point. Quand ce serment pouvait être déféré.
439. Disposition du Code sur ce serment. Art 1369.)
440 Il ne parle point de l'information par commune renommée ; mais il ne l'exclut pas. Elle est souvent nécessaire.
441 Il ne doit être ordonné que quand le fait de spoliation est prouvé, et qu'il est *impossible* de prouver autrement la valeur des choses demandées.
442. Exemple, dans le cas du tuteur qui n'a pas fait inventaire des biens du mineur.
443. Il ne peut être donné contre le tuteur qui n'a pas tenu de livres de compte.
444. Il peut l'être contre celui qui refuse injustement d'exhiber un acte décisif.
445. Il peut l'être contre l'héritier du spoliateur.
446. Et même, suivant les circonstances, à l'héritier du propriétaire dépouillé.
447. Il peut l'être dans le cas des lots perdus aux messageries, par les voituriers, rouliers, etc.
448. Serment *in litem* déféré au débiteur, au maître contre le serviteur, par l'art. 1781.
449. Explication de cet article. Sa disposition, contraire au droit commun, sur quoi fondée.
450. Le serment doit-il également être déféré aux héritiers du maître ?

430. La seconde espèce de serment déféré d'office est celui que la loi autorise le juge à déférer, en certains cas, au demandeur, sur la valeur des choses qui sont l'objet du procès. Les Romains l'appelaient serment *in litem* (2), et nos anciens auteurs, serment *en plaids.* On trouve dans le Digeste et dans le Code un titre entier sur ce serment, que la plupart des interprètes ont divisé en serment de vérité et serment d'affection, distinction rejetée par des jurisconsultes d'un grand mérite (3). Quoi qu'il en soit, laissant à l'écart cette discussion, inutile du moins dans nos usages, nous nous bornerons à exposer en peu de mots la doctrine assez simple du droit romain, dont il est toujours utile de comparer les dispositions avec celles du droit français qui en sont dérivées.

Le serment *in litem* du droit romain est celui que le juge défère au propriétaire dépouillé, sur la valeur des objets qu'on lui a enlevés, ou qu'on retient mal à propos. On l'appelle aussi serment *d'affection*, parce que, dans ce cas, la loi s'écarte de la règle ordinaire (4), qui ne permet pas d'évaluer les choses suivant la valeur idéale, la valeur d'affection, mais suivant la valeur ordinaire et courante Cette exception est déterminée par la nécessité de punir la mauvaise foi et la résistance du spoliateur ou du rétentionnaire.

Ce serment suppose, par sa nature et son objet, que le fait qui sert de fondement à la demande est justifié, et qu'il ne reste d'incertitude que sur la quotité de condamnation à prononcer, parce que le demandeur est réduit, par le dol de son adversaire, à l'impossibilité de prouver la valeur ou le nombre des choses qui devraient lui être rendues.

431. Sur cela, voici les règles qu'établit Ulpien (5) : Si celui qui est condamné à rendre une chose ne la rend pas, s'il n'obéit pas au jugement de condamnation, le juge doit employer la force publique pour l'y contraindre, et pour remettre l'autre partie en possession de la chose.

---

(1) Duranton, t. 7 (XIII, éd. fr.), nos 613, 614 ; Delvincourt, t. 2, p. 632, note ; Solon, *des Preuves*, 174 ; Dalloz, vo *Serment décisoire*, no 98. Rolland, nos 76 à 79.

(2) *Voy.* le titre du Digeste, *de in litem jurand.*, 12. 3, et dans le Code, 5, 53.

(3) Par Huberus sur les Pandectes, tit. *de in litem jurand.* ; par Thomasius, dissert. *de pretio affectionis in res fungibiles non cadente*, cap. 3 ; par Heineccius, sur les Pandectes, tit. *de in litem jurando*

(4) *Voy.* la loi 33, ff. *ad leg. Aquiliam*, 9, 2. « Sextus quoque Pedius ait pretia rerum, non ex affectione, nec utilitate singulorum, sed communiter fungi. »

(5) L. 68, ff. *de rei vindic.*, 6, 1.

Dans ce cas, la condamnation ne consiste que dans la remise de la chose entière avec tous ses accessoires, tels que les fruits, les dommages résultant du retardement.

432. Si la chose ne peut être remise dans la possession du demandeur, il faut distinguer.

Si c'est par son dol qu'il la retient ou que la remise soit devenue impossible, il doit être condamné indéfiniment, *in infinitum*, à payer la somme à laquelle son adversaire estimera la chose par serment, sans aucune détermination préalable du juge, *sine ulla taxatione*, et même au-dessus de la valeur de la chose, *ultra rei pretium*, dit ailleurs Ulpien (1). Ce n'est pas, ajoute-t-il, que nous pensions que la valeur de la chose soit changée : elle reste toujours la même; mais à cause du dol ou de l'obstination du condamné, on permet à son adversaire d'estimer la chose au-dessus de sa valeur, c'est-à-dire d'y donner un prix d'affection : c'est donc véritablement un serment d'affection.

433 Enfin, si ce n'est point par dol que le défendeur se trouve dans l'impossibilité de rendre la chose, il ne doit être condamné qu'aux dommages et intérêts : *Non pluris quam quanti res est, id est quanti adversarii interfuit condemnandus est.* Ainsi, dans ce cas, il n'y a point de prix d'affection, ni, par conséquent, de serment *in litem* (2); car si, dans le cas où il y a dol, on défère le serment *in litem* au demandeur, c'est parce qu'il s'agit alors d'estimer, outre le prix réel, *ultra pretium*, le prix d'affection que le juge ne saurait estimer; au lieu qu'il peut très-bien estimer les dommages et intérêts *ex veritate*, suivant les circonstances et les renseignements qu'il peut se procurer.

Ainsi, suivant le droit romain, si ce n'est pas par son dol que le défendeur se trouve dans le cas de ne pouvoir être contraint à la restitution de la chose, mais par une simple faute, il ne doit être condamné qu'aux dommages et intérêts à l'arbitrage du juge.

Mais si c'est par un dol ou par une obstination condamnable, *contumacia*, le demandeur doit être admis à estimer indéfiniment, par le serment *in litem*, le prix d'affection qu'il donne à la chose.

434. Cependant, comme le prix d'affection doit avoir des bornes, et qu'au moyen de la faculté indéfinie d'estimer la chose, la valeur en pourrait être abusivement portée à l'excès, *in immensum*, les lois romaines permettent, ordonnent même au juge, de fixer une somme au-dessus de laquelle ne peut s'élever le serment *in litem* (3). Au moyen de cette fixation, qui doit se faire en ayant égard à la qualité des personnes et de l'affaire, le juge, après le serment prêté, doit y conformer la condamnation, sans pouvoir s'en écarter (4), comme il est obligé de conformer son jugement au serment supplétif qu'il a déféré.

435. Néanmoins, les lois romaines laissent la faculté de revenir contre l'estimation faite par le serment du demandeur, et permettent au juge d'absoudre le défendeur, nonobstant ce serment; ou de modérer la condamnation, pourvu que ce soit pour cause grave, et sur des preuves recouvrées depuis. *Item videndum est*, dit Ulpien, loi 4, § 3, *an possit judex qui detulit jusjurandum, non sequi id; sed vel prorsus absolvere, vel etiam minoris condemnare, quam juratum est? Et magis est ut, ex magna causa, et postea repertis probationibus, possit.* 12, 3.

Cette disposition pleine d'équité est absolument analogue avec ce qui s'observe à l'égard du serment supplétif, nonobstant la prestation duquel la loi 31, ff. *de jurejurando*, permet de prouver la fausseté du serment par des pièces nouvellement recouvrées, comme nous l'avons dit *supra*, n° 426 (5).

Il en est de même du serment *in litem*; par exemple, si, depuis la prestation, on recouvre des pièces qui prouvent que le demandeur n'était pas propriétaire de la chose, ou qu'il n'en avait qu'une moitié, le juge, dans le premier cas, peut absoudre le défendeur; dans le second, modérer la condamnation à moitié. C'est un exemple donné par Doneau.

436. Le serment *in litem* a donc beaucoup d'analogie avec le serment supplétif. Le fondement de l'un et de l'autre est le défaut des preuves suffisantes, *inopia probationum*. Dans le cas du serment supplétif, l'insuffisance des preuves est suppléée par le serment. Pour le déférer, il faut ces probabilités, ces présomptions fortes, que les interprètes appellent une *semi-preuve*, ou preuve *semi-pleine* (6).

(1) L. 1, ff. *de in litem jurando.*

(2) Les interprètes prétendent que c'est le cas de déférer au demandeur ce qu'ils appellent le serment de vérité; mais Thomasius, dissert. *de pretio affectionis in res fungibiles non cadente*, cap. 3, §§ 4 et 5, et §§ 13 et 14, les a victorieusement réfutés, en démontrant que leur opinion est contraire à la doctrine d'Ulpien, qui dit expressément, loi 4, § *ult.*, ff. *hoc. tit.* : « Ex culpa non esse jusjurandum deferendum constat; sed æstimationem a judice faciendam. » *Voy.* aussi la loi 5, § 3, *ibid.*, et la loi 2, Cod., *de in litem jurejurand.*, 5, 53.

(3) *Voy.* loi 4, § 4; loi 5, § 1, ff. *de in litem jurando*, et loi 9, Cod., *unde vi*, 8, 4.

(4) *Voy.* sur cela ce que dit Doneau, dans son Commentaire sur le titre du Digeste *de in litem jurando*, sur les mots de la loi 4, *jurare autem*, p. 535 et suivantes de l'édition d'Anvers, chez Plantin, 1582. Ce Commentaire nous paraît le meilleur qui ait été fait sur ce titre.

(5) Rolland, v° *Serment judiciaire*, n°s 95, 96, 97.

(6) *Voy.* Dumoulin, t. 3, p. 633, où il examine quatre espèces de *semi-preuves*, d'après la glose. Nous n'admettons point cette énumération; mais ce qu'il dit, surtout sur les commencements de preuves, ou *semi-preuves*, qui résultent des écritures privées, peut donner des idées utiles.

Dans le cas du serment *in litem*, il faut qu'il soit pleinement prouvé que la demande est bien fondée, et qu'il ne reste à prouver que la valeur de la chose demandée. Le demandeur a donc pleinement prouvé la moitié de ce qu'il devait prouver, savoir : que son adversaire doit lui rendre ou lui restituer la chose qu'il demande. Or, puisqu'il ne la rend pas, puisque c'est par sa faute qu'il est dans l'impuissance de la rendre, il faut bien, de manière ou d'autre, que la valeur en soit connue; et, puisque c'est par son dol qu'il a mis le demandeur dans l'impuissance de prouver cette valeur par les voies ordinaires, il faut bien en venir à la voie périlleuse, il est vrai, mais nécessaire, du serment. Or le défendeur qui a commis un dol ou une faute grave, équivalente au dol, ne peut se plaindre que le serment soit déféré au demandeur; il ne peut même se plaindre qu'il soit permis au demandeur dépouillé de donner à la chose un prix d'affection, et de l'estimer au-dessus de la valeur commune; autrement, il en résulterait qu'un homme de mauvaise foi pourrait, en retenant injustement une chose à laquelle le propriétaire attachait un grand prix d'affection, le contraindre, par son obstination à ne pas la rendre, de la lui vendre au prix commun et ordinaire, ce qui ne paraît pas juste.

Tel est le véritable fondement du serment *in litem*. En l'examinant de près, on le trouve plus solide que celui du serment supplétif, dans lequel on peut reprocher au demandeur de n'avoir pas complété sa preuve, comme la loi l'y obligeait, tandis qu'il n'a rien à reprocher au propriétaire, dépouillé par le dol de son adversaire.

Du reste, comme le serment supplétif, ce serment est déféré par le juge, qui doit aussi, comme dans le serment supplétif, y conformer son jugement, sans pouvoir s'en écarter, si ce n'est qu'on ait recouvré des pièces nouvelles qui autorisent, soit à absoudre le défendeur, soit à modérer la condamnation.

457. Voyons maintenant comment le serment *in litem* a été reçu dans notre jurisprudence française.

On en trouve l'usage établi dans nos anciennes coutumes, et notamment dans le chapitre 70 de la très-ancienne coutume de Bretagne, rédigée en 1330, dont la disposition est passée dans les coutumes réformées en 1539 et 1580. Mais, à la différence du droit romain, ce ne devait pas être un serment d'affection, et de quelque manière que le propriétaire eût été dépouillé, soit par le dol, soit par la simple faute du défendeur, le demandeur n'était pas autorisé à donner, par son serment, aux choses qu'on lui avait enlevées, un prix d'affection au-dessus de leur valeur commune et véritable. L'art. 160 de la nouvelle coutume exigeait même qu'on informât *préalablement, par gens suffisants, que sa perte peut être telle*... C'est ce qu'on a appelé preuve *par commune renommée*. Ni la nouvelle coutume, ni les anciennes, ne parlent de la fixation que doit faire le juge, en déférant le serment, d'une somme au-dessus de laquelle le demandeur ne peut élever, par son serment, les choses qu'il réclame. Cependant, on voit, par une note du commentateur anonyme de la très-ancienne coutume, que cette fixation était en usage, conformément à la loi 9, Cod., *unde vi*, 8, 4, qu'il cite.

Mais, comme cette fixation n'était point ordonnée par la coutume, le juge pouvait s'en dispenser, si, d'après l'enquête sommaire et préalable, la somme demandée ne lui paraissait pas excessive.

Il paraît que, dans le reste de la France, l'usage était à peu près le même. « Le serment » *in litem*, dit Rousseau de Lacombe (1), » se peut déférer de deux manières, savoir : » 1° purement et simplement, jusqu'à une cer- » taine somme, lorsque les juges se trouvent suf- » fisamment instruits pour en faire la fixation; » 2° lorsque les juges ne se trouvent pas suffi- » samment instruits, ils ordonnent que le de- » mandeur fera informer et ouïr des témoins sur » ses facultés, s'il a pu avoir les choses volées » dans l'endroit, etc.... »

C'est bien là ce que dit notre coutume, informant préalablement, *par gens suffisants, que sa perte peut être telle;* mais Rousseau ajoute mal à propos que le défendeur n'est point admis à la preuve contraire. C'est une erreur. Suivant nos principes constants, toute enquête est respective. La coutume de Bretagne fait même entendre que le défendeur peut reprocher les témoins de son adversaire, puisqu'elle veut que ce soient gens *suffisants*.

458. Leprestre, dans ses *Questions notables de droit*, cent. 1, chap. 65, traite cette matière de manière à bien fixer les idées, sous le titre de *Serment déféré joint la commune renommée.* Il dit, n° 7 : « Nous le pratiquons ainsi en France. » Le juge ordonne que le demandeur sera cru, » par serment, de la perte qu'il dit avoir faite, et » du dommage qu'il a reçu, jusqu'à certaine » somme, qui est par lui limitée et au-dessous, » par-dessus laquelle le demandeur ne peut » jurer; joint la commune renommée, de laquelle » il doit être préalablement informé; c'est-à- » dire, avant que le demandeur soit reçu à faire » le serment qu'il doit informer, et faire ouïr » témoins sur ses facultés, et s'il a pu avoir l'ar- » gent, ou les choses qu'il prétend lui avoir été » dérobées, et s'il a pu les avoir au lieu et à » l'endroit où il dit qu'elles lui ont été prises, et » l'enquête rapportée, le juge lui défère le ser- » ment, et sur son serment il condamne le » défendeur. »

Du reste, on accordait ce serment au demandeur, toutes les fois que le fait de spoliation, qui servait de fondement à la demande, étant prouvé,

(1) V° *Serment*, n° 4.

le demandeur ne pouvait prouver à quelle valeur se portaient les spoliations.

439. Notre Code civil a consacré l'usage du serment *en plaids* ou *in litem*, tel qu'il était établi sous la législation antérieure.

L'art. 1369 porte : « Le serment, sur la valeur » de la chose demandée, ne peut être déféré par » le juge au demandeur, que lorsqu'il est d'ail- » leurs impossible de constater autrement cette » valeur.

» Le juge doit même, en ce cas, déterminer » la somme jusqu'à concurrence de laquelle le » demandeur en sera cru sur son serment. »

440. Ce texte ne parle point de l'information préalable, ou preuve par la commune renommée; mais il ne l'exclut point. Il ne garde le silence que pour ne pas faire de cette information une condition nécessaire à remplir avant la détermination du juge, lorsqu'il se trouve d'ailleurs assez instruit pour fixer, sans ce secours, la somme au-dessus de laquelle le serment du demandeur ne sera point reçu. Sans doute alors le juge peut se dispenser d'ordonner une enquête préalable, mais n'est-elle pas le plus souvent nécessaire, pour éclairer sa religion et fixer ses idées?

Un homme a enlevé de ma maison une cassette. Des témoins dignes de foi l'ont vu l'emporter, et lui-même, après s'en être d'abord défendu, a fini par l'avouer; en un mot, le fait est constant; mais il prétend que cette cassette ne contenait que 5,000 fr., et je soutiens qu'elle en contenait 20,000 en or; plus, des diamants et pierres précieuses d'une valeur égale à cette somme. Voilà bien le cas de recourir au serment *en plaids* ou *in litem*.

Mais comment le juge, qui ne me connaît pas, qui d'ailleurs ne doit pas juger d'après ses connaissances personnelles, pourra-t-il, comme la loi le lui ordonne, déterminer la somme jusqu'à concurrence de laquelle j'en serai cru à mon serment? L'information préalable, et par commune renommée, est évidemment nécessaire pour l'éclairer : elle doit donc être ordonnée. Mes amis, mes voisins, mes connaissances, pourront dire qu'avec la fortune qu'ils me connaissent et mon esprit d'économie, il n'est pas étonnant que j'eusse en réserve une somme de 20,000 fr.; que j'avais même parlé d'acheter une terre, etc.; et quant aux diamants, qu'il était notoire que j'en possédais de précieux; que je les avais fait voir; que je me proposais de les donner à mes filles en les mariant.

Ils pourront dire aussi qu'avec ma modique fortune, et d'ailleurs sans industrie, il serait étonnant que j'eusse une réserve pareille; que je ne passais pas pour avoir de l'argent; qu'on ne me connaissait point les diamants dont je réclame la valeur, etc.

C'est d'après les déclarations des témoins que le juge, instruit de mes moyens et de ma moralité, pourra déterminer, avec quelque vraisemblance, la somme jusqu'à laquelle j'en dois être cru sur mon serment. On trouvera facilement une foule d'autres cas où l'information par commune renommée est nécessaire pour éclairer le juge dans la fixation de la somme (1).

441. Quant aux cas où il peut ordonner le serment *in litem*, le principe est qu'il doit être déféré toutes les fois que le fait de spoliation, qui sert de fondement à l'action, étant prouvé, le demandeur ne peut prouver à quelle valeur s'élèvent les choses dont il a été dépouillé, ou qu'on lui retient injustement, et le dommage qu'il en souffre. S'il était possible de faire cette preuve de toute autre manière que ce soit, le juge ne pourrait déférer le serment *in litem*, sans exposer son jugement à la censure.

442. Du reste, on ne peut énumérer tous les cas où le serment *in litem* peut être déféré. Nous venons d'en donner un exemple. On en trouve un autre dans le cas des tuteurs qui ont négligé de faire inventaire des biens des pupilles dont ils ont l'administration. Ils sont suspects de fraude, lorsqu'ils ont omis cette formalité ordonnée par les lois de tous les peuples policés. Elle est tellement de rigueur, qu'on n'en dispense ni le père, ni la mère, ni les aïeuls, à qui est déférée la tutelle légitime. On admet également contre eux tous le serment *en plaids* ou *in litem*. C'est ce que décide notamment notre d'Argentré : *Si omisisse reperiantur, etiam adversus eos juramentum in litem recipitur, non obstante reverentia paterna; et alioqui dolus sufficienter videtur probatus ex tali omissione.* (Articul. 477 *veter. Consuet.*, glos. 2, n° 7.)

443. Dumoulin pense même que ce serment est aussi accordé au mineur contre le tuteur qui n'a point tenu un compte régulier de son administration, un livre de compte : *Ita præsumitur contra illum, qui non fecit librum rationum, sicut contra illum, qui non fecit inventorium. Qui enim non facit id ad quod scit vel scire debet se teneri, ratione officii sive publici, sive privati, eo ipso est in dolo saltem præsumpto.* (Tome 1 opp., page 198, n° 34.)

Mais cette opinion ne peut être suivie sous l'empire du Code, qui ne permet de déférer le serment *in litem*, que *lorsqu'il est d'ailleurs impossible de constater autrement la valeur de la chose demandée...* Le dol du défendeur ne suffit donc pas. Or, en supposant qu'il y ait dol présumé dans un tuteur qui n'a pas tenu de livre de raison, il n'en est pas moins vrai, s'il a fait un inventaire, qu'il est possible, facile même de réparer cette faute, en prenant le montant de cet inventaire, et le revenu annuel des biens, pour en former le chapitre de la charge d'un compte, sauf au tuteur à prouver sa décharge.

444. On trouve dans Basset, tome 2, liv. 7, tit. 4, chap. 3, un arrêt du parlement de Grenoble, du 11 janvier 1708, qui juge qu'on doit

(1) Rolland, v° *Serment judiciaire*, n° 93.

déférer le serment *in litem* contre celui qui refuse injustement d'exhiber un acte décisif dont il est saisi. Cette décision est conforme au droit romain (1).

445. Les interprètes du droit romain enseignent qu'on ne doit pas déférer le serment *in litem* contre l'héritier du spoliateur, parce que le serment d'affection n'était établi que pour punir le dol, auquel l'héritier n'a point participé (2). Cette opinion ne doit pas être suivie sous notre législation, où ce serment est établi, non comme une peine, mais comme un moyen de faire rendre au demandeur la véritable valeur des choses dont il a été dépouillé, ou qui sont injustement retenues. Et l'on doit remarquer que l'article 1369 n'exige point, pour autoriser la délation de ce serment, que le défendeur ait personnellement commis un dol ou une faute; il l'autorise dans tous les cas où il n'est pas possible de constater autrement la valeur des choses. Or, la mort de celui qui a commis le dol ou la faute ne rend pas les moyens de constater cette valeur plus possibles qu'auparavant (3).

446. Le serment *in litem* peut, suivant les circonstances, être déféré à l'héritier du propriétaire dépouillé, ainsi que l'a décidé la cour de cassation, dans un arrêt dont voici l'espèce : Le sieur B*** avait déposé une somme d'argent entre les mains de François B***, son frère, ex-religieux; il était mort sans l'avoir retirée, et sans en avoir pris une reconnaissance. Poursuivi en restitution de ce dépôt par le sieur B*** fils, mineur émancipé, François B*** répond qu'il ne sait ce qu'on lui veut dire. Cependant il lui échappe des aveux et des contradictions desquels résulte la preuve évidente de sa mauvaise foi; en conséquence, arrêt de la cour d'appel de Dijon, le 25 frimaire an XI, qui déclare le fait du dépôt constant, et admet le mineur B*** au serment *en plaids*, sur la quotité du dépôt, jusqu'à la concurrence de 48.000 fr.

François B*** se pourvoit en cassation, et soutient : 1° qu'en déférant le serment à un héritier sur le montant d'un dépôt prétendu fait par le défunt, on a violé la loi 42. ff. *de reg. jur.*; 2° qu'en déférant le serment à un mineur, on a violé la loi 34, ff. *de jurejurando*.

Mais le pourvoi fut rejeté par arrêt du 9 vendémiaire an XIV, par la considération « que les » lois romaines dispensent bien l'héritier de » faire serment sur un fait personnel au défunt, » mais ne lui défendent pas de le prêter, s'il lui » est déféré (4) ; et que, loin de s'opposer à ce » qu'un mineur émancipé soit admis à jurer *in* » *litem*, la loi 4, ff. *de in litem jurando*, autorise » formellement à déférer le serment *in litem* à » un adolescent, et veut que le juge puisse » régler la somme jusqu'à concurrence de laquelle il sera fait. » Cet arrêt est rapporté dans le *Rép.* de Merlin, v° *Serment en plaids*. Cet arrêt nous donne encore l'exemple d'un cas où le serment *in litem* peut être déféré; et cet exemple est remarquable en ce que le déposant était en faute de n'avoir pas pris une reconnaissance du dépôt; mais cette faute ne pouvait excuser le dol odieux d'une dénégation de dépôt.

447. La responsabilité encourue par les voituriers, par les entrepreneurs et directeurs de voitures et de roulages publics, peut aussi donner lieu contre eux à la délation du serment *in litem*, lorsque les effets dont ils étaient chargés se trouvent perdus. Les art. 1782 et suiv. du Code civil les soumettent en général aux mêmes obligations que les aubergistes, dont parle l'art. 1952. Dans l'ancienne jurisprudence, lorsque des ballots chargés se trouvaient perdus par la négligence d'un maître de messagerie, ou de ses préposés, on le condamnait à en rendre la valeur au propriétaire sur la déclaration détaillée que celui-ci donnait, et qu'il affirmait véritable. Cette jurisprudence était fondée sur les principes qui de tout temps ont fait admettre le serment *in litem* (5), et elle avait été confirmée par un arrêt du parlement de Paris, du 30 mai 1656, rapporté à sa date dans le *Journal des Audiences* (6).

Pendant que les messageries ont été exploitées pour le compte du gouvernement, la loi du 23 juillet 1793 avait fixé à 150 fr. l'indemnité due aux particuliers pour les paquets perdus, lorsqu'en les chargeant ils n'avaient pas fait l'évaluation des effets qui s'y trouvaient contenus.

Mais depuis que les messageries ne sont plus régies pour le compte du gouvernement, et qu'elles sont l'objet d'entreprises particulières, la responsabilité des entrepreneurs n'est plus restreinte à 150 francs, faute d'évaluation des effets perdus dans l'acte du chargement; et la loi du 23 juillet 1793 se trouve abrogée, parce que l'ordre de choses pour lequel cette loi avait été faite n'existe plus, et que par là cessent les motifs qui l'avaient dictée (7).

---

(1) L. 10, ff. *de in litem jurando*, 12, 3; Rolland, n°s 86, 87.

(2) « In instrumentis quæ quis non exhibet, actori permittitur in litem jurare, quanti sua interest ea proferri, etc. »

Junge loi 3, § 2, ff. *ad exhib.*, 10, 4.

(3) Rolland, n° 93.

(4) *Voir* Bruxelles, 20 février 1829; Merlin, t. 31, p. 41, et t. 36, p. 468; Pothier, *Oblig.*, n° 930.

(5) Si l'on veut connaître les variations de la législation sur ce point, il faut voir le *Répertoire de Jurisprudence*, t. 8, v° *Messagerie*, § 2 (édit. Tarlier, t. 20, p. 140); Rolland, n° 90.

(6) *Voy.* aussi Jousse, sur l'art. 2 du tit. 20 de l'ordonnance de 1667.

(7) *Voy.* ce que nous avons dit t. 1, n° 153, sur l'abrogation des lois. Dans ce sens, Paris, 7 juillet 1832; Grenoble, 29 août 1833; Paris, cass., 13 vendémiaire an X, et 6 février 1809 (*Pasicrisie belge*, à ces dates).

C'est ce qu'a décidé la cour régulatrice par deux arrêts, l'un de rejet, l'autre de cassation, rapportés dans le *Répertoire*, v° *Voiturier*, n° 5.

448. Dans les exemples que nous avons donnés jusqu'ici, le serment sur la valeur des choses qui font l'objet du procès est déféré au demandeur contre le spoliateur, ou contre le rétentionnaire de ces choses. L'art. 1781 du Code, conforme à nos anciens usages, nous donne l'exemple d'un serment déféré au débiteur, sur la quotité de la dette, et sur la libération en tout ou en partie.

Il porte :

« Le maître est cru sur son affirmation;

» Pour la quotité des gages;

» Pour le payement du salaire de l'année » échue;

» Et pour les à-compte donnés pour l'année » courante. »

Ces dispositions, conformes à nos anciens usages (1), n'en sont pas moins contraires au droit commun; et, par conséquent, on ne peut leur donner aucune interprétation extensive.

La première disposition suppose que, suivant l'usage presque universel, il n'y a pas de titre pour fixer les gages; car alors il n'y aurait pas lieu à l'affirmation.

Lors donc qu'un serviteur qui n'a pas de titre forme une demande en payement de ses gages, si c'est après l'année fixée pour la prescription par l'art. 2272, § dernier, il est juste et conforme aux principes que l'affirmation soit déférée au maître, puisqu'il est défendeur, et qu'il a en sa faveur une présomption de payement établie par la loi.

449. Mais lorsque la demande est formée avant le temps de la prescription expiré, la présomption est en faveur du serviteur, dont les services non contestés sont un titre. Il est certain qu'il lui est dû des gages; mais comment les fixer? Suivant l'art. 1369, et suivant la raison, on ne doit recourir au serment que dans l'impossibilité de se procurer une autre preuve. Or, souvent les gages d'un serviteur ordinaire ne s'élèvent pas au-dessus de 150 fr. On pourrait donc admettre la preuve testimoniale, sans recourir au serment. Cependant, l'art. 1781 semble l'exclure, et ne permettre de fixer la quotité des gages que par une affirmation assermentée; première dérogation au droit commun.

De plus, l'article défère cette affirmation au maître, quoique la présomption soit en faveur du serviteur. Il est donc évident que cette disposition est contraire au droit commun.

Sur quoi donc est-elle fondée? Sur la paix de la société, qui doit l'emporter sur toute autre considération, même sur quelques injustices particulières auxquelles la disposition de notre article peut donner lieu.

Il est très-rare qu'il y ait des conventions écrites entre les maîtres et les serviteurs. S'ils ne sont pas d'accord à la fin de l'année, faudra-t-il fatiguer les tribunaux par une multitude infinie de procès sans cesse renaissants? Leur nombre et leur fréquence troubleraient la société. C'est donc le cas de recourir à ce grand moyen de prévenir et de terminer les procès, la religion du serment : *Maximum remedium expediendarum litium... jurisjurandi religio.* (L. 1, ff. *de jurejur.*, 12, 2.) La paix de la société paraît donc exiger que cette foule de petits procès soit prévenue par le moyen court et simple de la délation du serment. Ce point accordé, il ne reste plus qu'à examiner à qui, du maître ou de son serviteur, il doit être déféré.

La raison et les lois de tous les peuples civilisés disent qu'il faut peser les qualités respectives des parties, afin de prendre le serment de celle qui, selon les apparences, est la plus digne de foi. Or, dans les contestations qui s'élèvent entre un maître et son serviteur, la supériorité du premier sur le second est trop marquée pour balancer : il serait contraire à nos mœurs, aux mœurs même de toutes les nations, de déférer le serment au serviteur contre le maître.

Tel est le fondement des dispositions de l'article 1781. Si quelques méchants maîtres en peuvent abuser pour vexer d'honnêtes et malheureux serviteurs, c'est à l'opinion publique d'en faire justice (2). La délation du serment aux serviteurs entraînerait de plus grands abus.

450. Mais quand les gages sont réclamés après le décès du maître, avant le délai de la prescription, le serment que l'art. 1781 lui déférait doit-il également être déféré à ses héritiers, qui refusent de payer?

La négative ne nous paraît pas douteuse. C'est au maître personnellement que l'article cité défère le serment, et cette disposition, contraire au droit commun, n'est susceptible d'aucune extension : *Quod contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias.* (L. 14, ff *de legibus*, 1, 3.)

Inutilement dirait-on que l'héritier succède à tous les droits du défunt; cette maxime n'est vraie qu'en tout ce qui ne lui est pas personnel, comme le serment.

D'ailleurs, le serment du maître porte sur un fait positif et personnel qu'il ne peut ignorer, sur la quotité des gages qu'il a promis,

(1) Voyez le *Nouveau Denisart*, v° *Domestique*, et v° *Gage*; Duparc-Poullain, *Principes du droit*, t. 9, p. 449.

(2) La scène même les livre à la censure publique. Voy. l'admirable pièce du *Misanthrope*:

Elle est à bien prier exacte au dernier point,
Mais elle bat ses gens et ne les paye point.

sur le payement ou les à-compte qu'il a donnés. Au contraire, les héritiers n'ont pas ordinairement une connaissance personnelle de ces faits.

Mais s'ils en avaient une connaissance personnelle, s'ils offraient d'affirmer que c'est en leur présence que le serviteur a été gagé, que les payements lui ont été faits, cette offre devrait-elle être reçue? On peut en douter : c'est à la qualité, c'est à la personne du maître qu'est attaché le privilége, contraire au droit commun, d'en être cru sur sa parole, et non pas à ses héritiers, qui demanderaient à être juges et témoins dans leur propre cause. Le droit commun et la justice exigent que le serviteur puisse se défendre contre des successeurs qui n'ont point sur lui, comme leur auteur, cette supériorité morale à laquelle était attaché le privilége que la loi lui accordait.

De la formule du serment.

SOMMAIRE.

451. Simplicité de cette formule dans nos usages. Il doit être prêté suivant le rit du culte que chacun professe.
452. Quelle que soit cette formule, l'invocation et l'imprécation y sont implicitement renfermées.
453. Même dans l'*affirmation* judiciaire, qui, dans le langage du barreau, est synonyme de serment.
454. Ainsi, on ne peut annuler une enquête où il est dit que les témoins ont *affirmé*, etc. *Secus*, s'il est dit qu'ils ont *promis*, etc.
455. A moins qu'il ne fût dit qu'ils ont fait la promesse exigée par tel article, lequel exige le serment.
456. Il est bon de s'assurer que celui qui affirme en justice attache à ce mot l'idée du serment. S'il manifestait une intention contraire, l'*affirmation* serait nulle.

451. Cette formule est la même pour toutes les espèces de serments. Par un usage déjà très-ancien en France, elle ne consiste plus qu'à dire, en levant la main droite : *Je jure* de faire telle chose, ou que telle chose existe.

Il est à remarquer qu'aucun de nos Codes n'a prescrit la forme ni la formule du serment, et que nos lois antérieures ne l'avaient point également prescrite (1). La raison en est, sans doute, que le serment étant un acte religieux, doit être prêté suivant le rit particulier au culte ou à la religion de celui qui le prête. Ce n'est même que de là qu'il tire toute sa force.

Le serment judiciaire est essentiellement un lien religieux, et le serment prêté dans une forme réprouvée par la religion de celui à qui il est déféré ne peut former un lien religieux. La loi ne peut donc reconnaître pour véritable serment que celui qui est prêté conformément à la croyance religieuse de celui à qui la prestation en est commandée, parce que la loi ne peut accorder aucune ombre de confiance au serment que méconnaît ou condamne la croyance religieuse de celui qui le prête. En le prêtant, il trahirait sa conscience, qui peut seule garantir sa bonne foi; il se rendrait indigne de toute croyance.

Aussi le pieux empereur Antonin pose en principe qu'on doit s'en tenir au serment qu'une personne a prêté conformément au rit de sa secte religieuse. *Divus Pius jurejurando quod propria superstitione juratum est, standum rescripsit* (2).

L'empire des lumières et de la raison a proscrit en France l'intolérance religieuse. « Chacun » professe sa religion avec une égale liberté, » et obtient pour son culte la même protection. » (Art. 5 de la charte.)

Chacun doit donc prêter le serment conformément au rit de son culte : lui en commander un autre serait une tyrannie; et toutes les fois qu'on a voulu, soit avant, soit depuis les lois nouvelles, élever des prétentions contraires à ces principes, elles ont été proscrites par les cours royales et par la cour régulatrice (3).

Mais quelle que soit la formule du serment reçu dans chaque secte, ne consistât-elle que dans la simple affirmation, celui qui, après l'avoir prononcée en justice, viendrait à fausser sa parole, devrait subir la peine du parjure (4).

452. Nous avons dit *supra*, nos 343 et 344, que deux choses constituaient l'essence du serment : l'invocation par laquelle on prend Dieu à témoin de ce qu'on dit; l'imprécation par laquelle on le prie de venger sur nous le parjure. Ces deux choses sont toujours implicitement renfermées dans cette simple et courte formule: *Je le jure*, dans laquelle le nom de l'Etre suprême n'est pas même prononcé, peut être par respect pour ce saint nom, qu'on ne doit point pronon-

---

(1) *Voy.* la note *supra*, no 347.
(2) L. 5, § 1, ff. *de jurejurando*, 12, 2.
(3) On peut voir les arrêts rapportés à ce sujet dans le *Répertoire* et dans les *Questions de droit* de Merlin, vo *Serment*. Voy. la note de l'éditeur belge, sous le no 347.
(4) *Voy.* à cet égard la déclaration faite par les quakers, dans l'assemblée nationale, en 1671, et la réponse que leur fit, en 1673, le chancelier Cowper, en Angleterre. On les trouve dans les *Quest.* de Merlin, vo *Serment*, p. 673, 3e édit.

Voet, *in Pandectas, hoc tit.*, no 2. enseigne aussi que l'affirmation des anabaptistes et des quakers a la même force qu'un serment; mais que s'ils manquent à leur parole, ils doivent être punis comme parjures : « Assertio boni viri hactenus jurisjurandi effectum habet, ut tanquam vere perjuri coercendi veniant, si scientes fefellerint. »

cer en vain. Il suffit que personne de ceux qui se présentent au serment ne puisse ignorer que l'invocation et l'imprécation sont comprises dans cette formule.

453. Bien plus, elles le sont également dans l'*affirmation judiciaire*, qui, dans la langue du barreau français, est synonyme de serment. Tous nos vocabulaires, tant anciens que nouveaux, s'accordent sur ce point (1), et leur doctrine est conforme au texte de nos lois anciennes et nouvelles, qui mettent l'affirmation judiciaire sur la même ligne que le serment.

L'ordonnance de 1673, titre I, art. 10, porte que les marchands et ouvriers, à qui l'on oppose la prescription de six mois ou d'un an, pourront *déférer le serment* à ceux qui prétendront les avoir payés; et la même loi, tit. 5, art. 21, dit que les prétendus débiteurs de lettres de change, qui soutiendront en être libérés par la prescription de cinq ans, seront tenus d'*affirmer*, s'ils en sont requis, qu'ils ne sont point redevables.

Voilà bien les mots *serment* et *affirmation* employés dans le même sens. On trouve un exemple pareil dans l'art. 273 de la coutume d'Orléans; on en trouve également dans nos lois nouvelles. L'art. 507 du Code de commerce porte que chaque créancier d'une faillite est tenu d'*affirmer*, entre les mains du commissaire, que sa créance est sincère et véritable. Or tous les auteurs s'accordent à dire que cette affirmation consiste à prêter serment (2).

Le décret du 1er germinal an XIII exige que les procès-verbaux des préposés de la régie soient *affirmés*, et la cour de cassation, dans les considérants d'un arrêt du 3 juillet 1812, dit positivement que « le mot *affirmé*, employé » dans les art. 25 et 26 du décret du 1er germinal » an XIII, pour la validité des procès-verbaux, » emporte avec soi l'acception d'une déclara- » tion faite *avec serment*, sur la vérité ou la » sincérité du procès-verbal, etc. (3). » Merlin, qui rapporte cet arrêt, *Répert.*, v° *Serment*, § 3 (4), dit qu'il a été rendu le même jour trois autres arrêts semblables.

Enfin, le Code civil même, art. 1781, porte que « le maître est cru sur son *affirmation* », et il ne paraît pas douteux qu'il s'agit ici d'une affirmation *assermentée*.

Il est donc certain qu'*affirmer* en justice est, dans le langage de la loi, synonyme de *jurer* (5).

454. De là il suit qu'on ne peut arguer de nullité les actes où il serait dit que les témoins, experts, préposés, etc., ont *affirmé*, et non pas *juré*.

Mais il en serait autrement de toute autre expression équivalente en apparence, à laquelle néanmoins la loi n'a point spécialement attaché la même acception. L'art. 317 du Code d'instruction criminelle du 27 novembre 1808, porte « qu'avant de déposer, les témoins prête- » ront, à peine de nullité, le serment de parler » sans haine et sans crainte, de dire toute la » vérité et rien que la vérité. » Cette formalité doit être constatée par le procès-verbal des séances de la cour d'assises; et si ce procès-verbal portait que les témoins ont *promis* de parler sans haine, etc., au lieu de ont *juré*, l'arrêt qui suivrait serait cassé, ainsi que l'a décidé la cour de cassation, par le motif qu'en exigeant le serment des témoins, le législateur a voulu avoir une garantie plus forte de la vérité de leurs dépositions, que celle que pouvait offrir la simple promesse exigée d'eux par l'art. 350 du code du 3 brumaire an IV, et que cette garantie ne peut être refusée à la justice qui la réclame, *à moins que les principes du culte religieux des témoins ne s'y opposent.* Merlin, *Répert.*, v° *Serment*, § 3, rapporte quatre arrêts rendus dans les mêmes principes.

455. Cependant, si le procès-verbal des débats portait qu'avant de déposer, les témoins ont fait *la promesse exigée par l'art.* 317 du Code d'instruction criminelle, comme cette énonciation se rapporte à la disposition de la loi, il en résulterait une présomption légale que la promesse faite par les témoins l'a été sous la religion du serment, et qu'ainsi la loi a eu son exécution. Ainsi décidé par un arrêt de la cour de cassation du 2 juillet 1812, aussi rapporté par Merlin, *ubi supra*.

456. Si, dans le langage des lois, l'*affirmation* est synonyme de *serment*, il n'en est pas moins

---

(1) *Voy.* le *Dictionnaire* de Ferrière; le *Répertoire de Jurisprudence*, v^is *Serment*, *Affirmation*; la *Collection* de Camus et Bayard, connue sous le nom de *Nouv. Denisart*; la nouvelle édition du *Dictionnaire des arrêts*, par Prost du Royer, v° *Affirmation*.

(2) *Voy.* Rolland, nos 29, 30, 31; Duranton, t. 8 (XV, éd. fr.), nos 592, 593; Dalloz, v° *Serment*, n° 120.

(3) La loi générale *sur la perception des droits d'entrée, de sortie et de transit, et des accises*, du 26 août 1822, porte, art. 236: « Le procès-verbal de contravention devra être, le plus tôt possible, *affirmé* (*beëedigd*), » c'est-à-dire sous serment. Adan, loi générale commentée, p. 237.

(4) Édit. Tarlier, t. 31, p. 34.

(5) Cependant les auteurs les plus attachés à la propriété des termes ne trouvent point ces mots entièrement synonymes, et disent avec raison que le *serment* a plus de trait à l'avenir, l'*affirmation* au passé. On jure que l'on *fera* une chose; on affirme que telle chose *est* ou *a été*. C'est la distinction des canonistes entre le serment promissoire et le serment affirmatif, *jusjurandum promissorium*, *jusjurandum assertorium*.

Voy. le *Dict.* de Prost du Royer, t. 3, v° *Affirmation*, n° 1, et la *Collection de jurispr.* de Camus et Bayard, v° *Affirmation*, t. 1, p. 313.

vrai que, dans l'usage ordinaire de la langue, ces deux mots ne présentent point la même idée. Il est donc prudent de s'assurer si celui qui se présente pour *affirmer* à la justice attache à ce mot l'idée de serment, et pour peu qu'il manifeste une intention contraire, l'affirmation est nulle. En voici un exemple :

Des préposés de l'administration des droits réunis se présentèrent devant le juge de paix du canton, et affirmèrent le procès-verbal, qu'ils avaient dressé contre un délinquant, sincère et véritable. Le juge de paix reçut leur affirmation ; mais il les interpella d'ajouter à leur affirmation la prestation formelle d'un serment; ils s'y refusèrent.

Le tribunal de police correctionnelle, où l'affaire fut portée, déchargea le prétendu délinquant, attendu que le mot *affirmer*, dans le sens des tribunaux, signifiant *déclarer avec serment*, si l'acte d'affirmation eût énoncé simplement, suivant l'usage, que les préposés avaient *affirmé*, c'eût été la même chose que de dire qu'ils avaient déclaré, sous serment, le contenu au procès-verbal vrai; mais qu'en disant qu'ils affirmaient, les préposés ont déclaré en même temps qu'ils se refusaient à faire serment, et qu'on peut en tirer la conséquence qu'ils entendaient détacher de leur affirmation toute idée de serment; que, d'après cette explication restrictive, le mot *affirmé* ne peut plus être envisagé comme une véritable affirmation dans le sens de la loi, et qu'ainsi le défaut d'affirmation entraîne la nullité du procès-verbal.

Ce jugement fut confirmé par la cour de Turin, et la régie s'étant pourvue contre l'arrêt de cette cour, son pourvoi fut rejeté le 19 janvier 1810 (1).

Cet arrêt est entièrement conforme à la raison. Si l'on veut avoir la garantie exigée par la loi, il faut s'assurer que celui qui prononce le mot équivoque d'*affirmation* l'entend dans le sens de la loi. Il serait bien à désirer qu'en législation on ne laissât aucune expression obscure, ni équivoque.

---

(1) L'arrêt est rapporté par Merlin, *Quest.*, v° *Serment.*

FIN DU TOME CINQUIÈME,

CONTENANT LES TOMES 9 ET 10 DE L'ÉDITION DE PARIS.

TABLE

DES CHAPITRES ET SECTIONS.

FIN DE LA TABLE DU TOME CINQUIÈME.

